الوجيز
في
أصول الفقه

الدكتور عبد الكريم زيدان

المحامي والاستاذ المتمرس
في جامعة بغداد

مؤسسة قرطبة
طباعة . نشر . توزيع

الوجيز
في
أصول الفقه

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة السادسة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد :

فان فقهاء الشريعة الاسلامية ، رحمهم الله تعالى ، وضعوا لنا علماً جليل القدر عظيم الفائدة لا مثيل له عند أمم الأرض قاطبة لا في القديم ولا في الحديث ، ذلك هو علم أصول الفقه . وكان الغرض من وضعه وبناء صرحه وتوضيح معالمه وجوانبه ومعانيه خدمة الاسلام عن طريق فهم كتاب الله وسنة رسوله ﷺ واستنباط الاحكام من نصوصهما ومن المصادر المعتبرة في ضوء قواعد ومعاني هذا العلم علم أصول الفقه . وقد كتبت قبل سنين مذكرات في هذا العلم الجليل لطلبة الصف الرابع في كلية الحقوق بجامعة بغداد . وقد جمعتها في كتاب سميته «الوجيز في أصول الفقه» وقد أجريت في طبعاته السابقة ما رأيته مفيداً من التنقيح والتهذيب بالزيادة والتنقيص والتعديل والتمثيل . . وهكذا شأن الانسان فيما يكتبه : فهو لا يكاد يكتب شيئاً في يومه إلاّ ويرى نقصاً فيه في غده، وهذا من أكبر علامات نقص الإنسان وقصوره، وتفرد الله وحده بالكمال المطلق ولكن أكثر الناس لا يعلمون .

ومن الزيادات التي رأيت اضافتها في طبعاته السابقة ، بعض الأمثلة من القوانين الوضعية لقواعد اصول الفقه المتعلقة بتفسير النصوص ، لانّ هذه القواعد الاصولية موازين لفهم العبارة العربية وصحة تفسيرها ومعرفة المراد منها ، وما دام القانون مكتوبا باللغة العربية ، فهو ، بالضرورة ، يخضع في تفسيره لهذه القواعد كما

سنذكره فيما بعد .

وأخيراً فإني لأرجو بهذا العمل البسيط المتواضع قد سهلت على طلبتنا الاعزاء سبيل تفهم ما تمس اليه الحاجة من ابحاث هذا العلم ، والله أسأل أن يوفقني واياهم لخدمة شريعته واعلاء كلمته انه سميع للدعاء مجيب .

بغداد في ٩ شوال / ١٣٩٦ هـ
٢٢ / تشرين أول / ١٩٧٦م

المؤلف

المقدمة

١ ـ استنْباطُ الأحكام الشرعية من مصادرها المعتبرة شرعاً، لا يكون عن هوى وكيفما اتفق، بل لا بد من مسالكَ معينة يسلكها المجتهد، وقواعد يَسْتَرْشِدُ بها، وضوابط يَلْتَزِمُ بمقتضاها، وبهذا يكون اجتهاده مقبولاً، ووصوله إلى الأحكام الصحيحة مُمْكِناً ميسوراً.

٢ ـ والعلم الذي يُعْنى ببحث مصادر الأحكام وحُجِّيَّتِها ومراتبها في الاستدلال بها، وشروط هذا الاستدلال، ويرسم مناهج الاستنباط، ويستخرج القواعد المعينة على ذلك، والتي يلتزم بها المجتهد عند تعرفه على الأحكام من أدلتها التفصيلية، هو علم أصول الفقه، ولهذا كان هذا العلم، كما قال العلامة ابن خلدون: من أعظم العلوم الشرعية، وأجلها قدراً، وأكثرها فائدةً(١).

٣ ـ وحقيقة أصول الفقه لا تخرج عما بيَّنَّاه، ولكن الأصوليين يذكرون له تعريفاً اصطلاحياً باعتباره لقباً واسماً لعلم مخصوص من علوم الشريعة، ويمهدون لهذا التعريف ببيان معناه، باعتباره مركباً إضافياً مُكَوَّناً من كلمة «أصول» وهي المضاف، وكلمة «الفقه» وهي المضاف إليه.

والحق: أن هذا المسلك يفيد الطالب المبتدىء من جهة تعريفه باصطلاحات القوم وأهل هذا الفن، فلا يستوحش منها إذا رَجَعَ إلى كتبهم، ولهذا فقد آثرنا أن نُجَارِيهم في هذا النهج، فنذكر تعريف «أصول الفقه» باعتباره مركباً إضافياً، ثم تعريفه باعتباره لقباً على العِلْم الخاص، الذي نحن بسبيل دراسته.

٤ ـ تعريف أصول الفقه باعتباره مركباً إضافياً:

وتعريفه بهذا الاعتبار يستلزم تعريف جزئيه: أصول، الفقه.

---

(١) «مقدمة ابن خلدون» ص٤٥٢.

فالأصول: جمع أصل، وهو في اللغة: ما يُبْتَنى عليه غيره، سواءٌ أكان الابتناء حِسِّياً أو عقليّاً، وفي عرف العلماء واستعمالاتهم، يُراد بكلمة «الأصل» عدة مَعانٍ، منها(١):

أ ـ الدليل: فيقال: أصل هذه المسألة الإجماع، أي دليلها الإجماع. وبهذا المعنى قيل: أصول الفقه، أي أدلته، لأن الفقه ينبني على الأدلة ابتِنَاءً عقليّاً.

ب ـ الراجح: مثل قولهم: الأصل في الكلام الحقيقة، أي الراجح في الكلام حمله على الحقيقة، لا المجاز. ومنه: الكتاب أصل بالنسبة إلى القياس، أي الراجح هو الكتاب.

جـ ـ القاعدة: فيقال: إباحة المَيْتَةِ للمضطرِّ على خلافِ الأصل، أي على خلاف القاعدة العامة. وقولهم: الأصل أن الفاعل مرفوع، أيْ أن القاعدة العامة المستمرة: هي رفع الفاعل، أو أن رفع الفاعل من قواعد علم النحو.

د ـ المستصحب: فيقال: الأصل براءة الذِّمَّة، أي يستصحب خلو الذمة من الانشغال بشيء حتى يَثْبُتَ خلافُه.

أما (الفقه)، فهو في اللغة: العلم بالشيء والفهم له، ولكن استعماله في القرآن الكريم يرشد إلى أن المراد منه ليس مطلق العلم، بل دِقَّة الفهم، ولطف الإدراك، ومعرفة غرض المتكلم، ومنه قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كَثِيراً مِّمَّا تَقُولُ﴾ [هود: ٩١] وقوله تعالى: ﴿فَمَا لِهَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثاً﴾ [النساء: ٧٨].

أما الفقه في اصطلاح العلماء: فهو «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية»(٢)، أو هو هذه الأحكام نفسها.

(١) الإسنوي، في «نهاية السول شرح منهاج الأصول» ص ٧، «لطائف الإشارات» للشيخ عبد الحميد بن محمد علي قدس على تسهيل الطرقات لنظم الورقات ص ٨.

(٢) البيضاوي في «منهاج الأصول» ص ٢٢، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج ١ ص ٧، إرشاد الفحول للشوكاني ص ٣، لطائف الإشارات ص ٨.

والأحكام: جمع حكم، وهو إثبات أمر لآخر، إيجاباً أو سلباً، مثل قولنا: الشمس مشرقة أو غير مشرقة، والماء ساخن أو غير ساخن.

والمراد بالأحكام هنا: ما يثبت لأفعال المكلفين من وجوب، أو ندب، أو حرمة، أو كراهة، أو إباحة، أو صحة أو فساد، أو بطلان[1].

ولا يشترط العلم بجميع الأحكام الشرعية لصحة إطلاق كلمة الفقه، فالعلم بجملة منها يُسَمَّى فقهاً، كما تُسمَّى هذه الجملة فقهاً أيضاً، ويسمى صاحبها فقيهاً ما دامت عنده مَلَكَةُ الاستنباط.

وقيدت الأحكام بكونها شرعيةً، للدلالة على أنها منسوبة إلى الشرع، أي مأخوذة منه رأساً أو بالواسطة، فلا تدخل في التعريف الأحكام العقلية كالعلم بأن الكل أكبر من الجزء، وأن الواحد نصف الاثنين، وأن العالم حادث، ولا الأحكام الحسية: أي الثابته بطريق الحس، كعلمنا أن النار محرقة، ولا الأحكام الثابته بطريق التجربة: كالعلم بأن السم قاتل، ولا الأحكام الوضعية: أي الثابته بالوضع، كالعلم بأن كان وأخواتها ترفع المبتدأ وتنصب الخبر.

ويُشْتَرط في هذه الأحكام الشرعية أن تكون «عملية»، أي متعلقة بأفعال المكلفين: كصلاتهم، وبيوعهم، وأشربتهم، وجناياتهم، أي ما كان منها من العبادات أو المعاملات، فلا يدخل فيها ما يتعلق بالعقيدة، وهي الأحكام الاعتقادية: كالإيمان بالله واليوم الآخر، ولا ما يتعلق منها بالأخلاق وهي الأحكام الاخلاقية: كوجوب الصدق وحرمة الكذب. فهذه أو تلك لا تُبْحَث في علم الفقه، وإنما تُبحث في علم التوحيد، أو الكلام، إن كانت أحكاماً اعتقاديةً، وفي علم الأخلاق، أو التصوف، إن كانت أحكاماً أخلاقيةً.

ويُشْتَرط في هذه الأحكام الشرعية العملية أن تكون مكتسبة، أي مستفادة من الأدلة التفصيلية بطريق النظر والاستدلال.

---

(١) «لطائف الإشارات» ص ٨، مباحث الحكم لأستاذنا محمد سلام مدكور ص ٥.

ويترتب على هذا الشرط: أن علم الله بالأحكام، أو علم الرسول بها، أو علم المقلدين بها، كل ذلك لا يعتبر في الاصطلاح فقهاً، ولا يُسمىٌ صاحبها فقيهاً، فعلم الله لازم لذاته وهو يعلم الحكم والدليل، وعلم الرسول مستفاد من الوحي لا مكتسب من الأدلة، وعلم المقلد مأخوذ بطريق التقليد لا بطرق النظر والاجتهاد[1].

والأدلة التفصيلية: هي الأدلة الجزئية التي يتعلق كل منها بمسألة خاصة، وينص على حكم معين لها، مثل:

أ ـ قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] فهذا دليل تفصيلي، أي دليل جزئي يتعلق بمسألة خاصة: وهي نكاح الأمهات، ويدل على حكم معين: هو حُرْمَة نكاح الأمهات.

ب ـ قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً﴾ [الإسراء: ٣٢]، دليل جزئي يخص مسألةً معينةً: وهي الزنى، ويدل على حكم خاص بها: وهو حرمة الزنى.

جـ ـ وقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُـوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ﴾ [الانفال: ٦٠] دليل جزئي يتعلق بمسألة معينة: هي إعداد القوة من قِبَلِ الجماعة، ويدل على حكم معين خاص بها: وهو وجوب إعداد القوة من قبل الجماعة لإرهاب العدو.

د ـ قوله عليه الصلاة والسلام: «العَمْدُ قَوَد»، دليل جزئي يتعلق بمسألة

(١) ويلاحظ هنا: أن المقلد إذا علم جملة من الأحكام الشرعية بأدلتها، لا يُسمى فقيهاً أيضاً، لأن الفقيه في اصطلاح الأصوليين: من قامت فيه ملكة استنباط الأحكام وتحصيلها من أدلتها، سواء اجتهد بالفعل واستنبط الأحكام، أم لم يجتهد ولم يستنبط الأحكام. فالفقيه إذن: من صار الفقه سجيةً له، فهو بمعنى المجتهد. ولكن حصل تغيُّر في هذا المعنى، فصارت كلمة (الفقه) تطلق على مسائل الفقه، سواء اكتسبها الشخص بطريق النظر والاستدلال، أم بطريق التفهم لأقوال المجتهدين، أم بطريق التقليد والحفظ، كما أن من يحصل على هذه المسائل بهذه الطرق يسمى: فقيهاً، وهذا المعنى الجديد شاع عند أهل الفقه دون الأصوليين: «مذكرات في تاريخ الفقه» لشيخنا فرج السنهوري ص ٤.

خاصة : هي القتل العمد ، ويدل على حكمها : وهو وجود القصاص .

هـ ـ الإجماع على أن ميراث الجدة السدس ، دليل جزئي يخص مسألة معينةً : هي ميراث الجدة ، ويدل على حكمها : وهو وجوب إعطاء الجدة السدس .

فالأدلة التفصيلية : هي التي تدلنا على حكم كل مسألة ، ومن ثَمَّ فهي موضوع بحث الفقيه ليتَعرَّف على الأحكام التي جاءت بها ، مستعيناً على ذلك بما قرَّره علم الأصول من قواعد للاستنباط ومناهج للاستدلال ، أما الأصولي فلا يبحث في هذه الأدلة ، وإنما يبحث في الأدلة الإجمالية ، أي الكلية ، ليتعرف على ما فيها من أحكام كلية ، ليضع القواعد التي يطبقها الفقيه على الأدلة الجزئية حتى يصل إلى معرفة الحكم الشرعي .

٥ ـ تعريف أصول الفقه اصطلاحاً :

أما تعريفه اللَّقبي ، أي باعتباره لقباً على علم مخصوص : فهو العلم بالقواعد والأدلة الاجمالية ، التي يتوصل بها إلى استنباط الفقه(١) ، كما يطلق على هذه القواعد والأدلة الإجمالية .

والقواعد : قضايا كلية ينطبق حكمها على الجزئيات التي تندرج تحتها ، فنعرف بها حكم هذه الجزئيات(٢) ، ومن أمثلة ذلك :

قاعدة : «الأمر يفيد الوجوب ، إلَّا إذا صرفته قرينة عن ذلك» ، فهذه القاعدة ينطبق حكمها على جميع النصوص الجزئية التي تندرج تحت هذه القاعدة ، مثل قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة : ١]، وقوله تعالى :﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ﴾ [النور: ٥٦]، فجميع صيغ الأمر المجردة

---

(١) «فتح الغفار بشرح المنار» لابن نجيم ص ٧ ، و «تسهيل الوصول إلى علم الأصول» للمحلاوي ص ٧ ، «إرشاد الفحول» ص ٣ .

(٢) وقد يطلق على هذه القواعد الأدلة الكلية ، وما تشتمل عليه من أحكام الأحكام الكلية ، فالأمر دليل كلي ، والحكم الذي يدل عليه ، وهو الإيجاب : حكم كلي ، والنصوص الآمرة : أدلة جزئية ، وأحكامها أحكام جزئية .

تندرج تحت هذه القاعدة، ويعرف بذلك وجوب ما تعلقت به صيغة الأمر: كوجوب الوفاء بالعقود، ووجوب الصلاة، وإيتاء الزكاة، وطاعة الرسول.

ومثل قاعدة: «النهي يفيد التحـريم، إلا إذا وُجِدَت قرينـة تصرفـه عن التحريم»، فهذه القاعدة تنطبق على النصـوص الناهيـة المجردة، ويعـرف بهذا الانطباق حرمة ما تعلقت به صيغ النهي، مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ﴾ [الإسـراء: ٣٢] وقولـه تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩]، فيكون حكم الزنى الحرمة، وحكم أكل أموال الناس بالباطل الحرمةَ أيضاً.

وبهذه القواعد: يتوصل المجتهد إلى استنباط الفقه، أي إلى استنباط الأحكام الشرعية العَملية من أدلتها التفصيلية، فإذا أراد المجتهـد مثلاً أن يعـرف حكم الصلاة، قرأ قوله تعالى﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ فيقول: ﴿اقيموا﴾: صيغة أمر مجردة، وقاعدة: «الأمر للوجوب إلا لقرينة صارفة» تنطبق عليها، فينتج عن ذلك: أن القيام بالصلاة واجب.

أما الأدلة الإجمالية: فهي مصادر الأحكام الشرعية، كالكتاب والسنة والإجماع والقياس، والعلم بها يكون من حيث العلم بحجّيتها ومنزلتها في الاستدلال بها، ووجوه دَلالة النص حسب اختلاف أحوال هذه الدلالة، ومعنى الإجماع وشروطه، وأنواع القياس وعلته، وطرق التعرف على هذه العلة، وغيرذلك من الأبحاث المتعلقة بالقياس وبسائر الأدلة الإجمالية.

فالأصولي: يبحث عن الأدلة الإجمالية، من حيث دلالتها على الأحكام الشرعية من أدلتها الجزئية.

والفقيه: يبحث في الأدلة الجزئية، ليستنبط الأحكام الجزئية منها، مُستعيناً بالقواعد الأصولية، والإحاطة بالأدلة الإجمالية ومباحثها.

٦ ـ الغرض من دراسة أصول الفقه، ومدى الحاجة إليه:

يتضح مما قلنا سابقاً: أن الغرض من وضع أصول الفقه، هو الوصول إلى

الأحكام الشرعية العملية ، بوضع القواعد والمناهج الموصلة إليها ، على وجه يسلم به المجتهد من الخطأ والعثار

فالفقه والأصول : يتفقان على أن غرضهما التوصل إلى الأحكام الشرعية ، إلا أن الأصول : تبين مناهج الوصول وطرق الاستنباط ، والفقه : يستنبط الاحكام فعلاً على ضوء المناهج التي رسمها علم الأصول ، وبتطبيق القواعد التي قررها .

ولا يقال : لم تعد هناك حاجة إلى هذا العلم بعد القول بسد باب الاجتهاد ، لأننا نقول : إن الاجتهاذ باقٍ إلى يوم القيامة ، ولكن بشروطه ، ومن أفتى بسد باب الاجتهاد ، قاله اجتهاداً عندما رأى جرأة الجهال على شرع الله ، وتشريع الأحكام بالهوى ، وادعاء الاجتهاد من قبل أناس لا يعرفون منه إلا الاسم

ومن لم يصل إلى مرتبة الاجتهاد، فهو بحاجة أيضاً إلى معرفة هذا العلم ، والوقوف على قواعده، حتى يعرف مآخذ أقوال الأئمةَ، وأساس مذاهبهم، وقد يستطيع المقارنة والترجيح بين هذه الأقوال، وتخريج الأحكام على ضوء مناهج الأئمة ، التي اتبعوها في تقرير الأحكام واستنباطها .

وكما أن المعنى بالأحكام الشرعية لا غنى له عن هذا العلم، فإن المعني بالقوانين الوضعية ، من محام أو قاضٍ أو مدرس ، يحتاج هو الآخر إلى هذا العلم ، لأن القواعد والأصول التي قررها علم الأصول ، مثل : القياس وأصوله ، والقواعد الأصولية لتفسير النصوص ، وطرق دلالة الألفاظ والعبارات على معانيها ، ووجوه هذه الدلالة ، وقواعد الترجيح بين الأدلة ، كل ذلك وغيره تَلْزَمْ الإحاطة به من قِبَلِ من يتصدى للقوانين الوضعية ، ويريد الوصول إلى تفسيرها ومعرفة ما انطوت عليه من أحكام ، ولهذا فقد اعتنت كليات الشريعة والحقوق في العراق والشام ومصر وغيرها ـ قديماً وحديثاً ـ بتدريس هذا العلم لطلابها .

٧ ـ نشأة علم أصول الفقه

أصول الفقه وجد منذ أن وجد الفقه ، فما دام هناك فقه لزم حتماً وجود أصول

وضوابط وقواعد له ، وهذه هي مقومات علم الأصول وحقيقته ، ولكن الفقه سبق علم الأصول في التدوين وإن قارنه في الوجود ، بمعنى أن الفقه دون ، وهذبت مسائله ، وأرسيت قواعده ، ونظمت أبوابه قبل تدوين قواعد أصول الفقه ، وتشذيبها وتمييزها عن غيرها ، وهذا لا يعني أنه لم ينشأ إلا منذ تدوينه ، وأنه لم يكن موجوداً قبل ذلك ، أو أن الفقهاء ما كانوا يجرون في استنباطهم للأحكام على قواعد معينة ، ومناهج ثابته ، فالواقع أن قواعد هذا العلم ومناهجه كانت مستقرة في نفوس المجتهدين وكانوا يسيرون في ضوئها وإن لم يصرحوا بها ، فعبدالله بن مسعود الصحابي الفقيه عندما كان يقول : إن الحامل المتوفى عنها زوجها ، تنقضي عدتها بوضع حملها ، لقوله تعالى : ﴿وَأُولَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق : ٤] ويستدل بأن سورة الطلاق التي فيها هذه الآية ، نزلت بعد سورة البقرة التي فيها قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ [البقرة : ٢٣٤] إنما كان يشير بهذا الاستدلال إلى قاعدة من قواعد الأصول ، وهي : إن النص اللاحق ينسخ النص السابق ، وإن لم يصرح بذلك[1] ، كما أن العادة أن الشيء يوجد ثم يدون ، فالتدوين كاشف عن وجوده لا منشىء له ، كما في علم النحو والمنطق ، فما زالت العرب ترفع الفاعل ، وتنصب المفعول في كلامها ، وتجري على هذه القاعدة وغيرها من قواعد النحو قبل تدوين علم النحو ، والعقلاء كانوا يتناقشون ويستدلون بالبديهيات قبل أن يدون علم المنطق ، وتوضع قواعده .

فأصول الفقه ، إذن : صاحب الفقه ولازمه منذ نشأته ، بل كان موجوداً قبل نشأة الفقه ، لأنه قوانين للاستنباط ، وموازين للآراء ، ولكن لم تظهر الحاجة إلى تدوينه أولاً ، ففي زمن النبي ﷺ ما كانت هناك حاجة للكلام عن قواعد هذا العلم فضلاً عن تدوينه ، لأن النبي ﷺ كان هو مرجع الفتيا وبيان الأحكام ، فما كان هناك من داعٍ للاجتهاد والفقه ، وحيث لا اجتهاد ، فلا مناهج للاستنباط ، ولا حاجة إلى قواعده .

---

(١) «شرح التوضيح للتنقيح» ج ١ ص ٣٩

٨ ـ وبعد وفاة النبي الكريم ظهرت وقائع وأحداث كان لا بد من مواجهتها بالاجتهاد واستنباط أحكامها من الكتاب أو السنة، إلا أنَّ فقهاء الصحابة لم يشعروا بالحاجة إلى الكلام عن قواعد الاجتهاد ومسالك الاستدلال والاستنباط، لمعرفتهم باللغة العربية، وأساليبها، ووجوه دلالة ألفاظها وعباراتها على معانيها، ولإحاطتهم بأسرار التشريع وحكمته، وعلمهم بأسباب نزول القرآن وورود السنة.

وكان نهجهم في الاستنباط: أنهم كانوا إذا وردت عليهم الواقعة التمسوا حكمها في كتاب الله، فإن لم يجدوا الحكم فيه رجعوا إلى السنة، فإن لم يجدوه في السنة اجتهدوا في ضوء ما عرفوا من مقاصد الشريعة، وما تومىء إليه نصوصها أو تشير، ولم يجدوا عسراً في الاجتهاد، ولا حاجةً لتدوين قواعده، وقد ساعدهم على ذلك ما كان عندهم من ذوق فقهي اكتسبوه من طول صحبتهم للنبي ﷺ، وملازمتهم له، وما امتازوا به من حدة الذهن، وصفاء النفس، وجودة الإدراك.

وهكذا انقضى عصر الصحابة ولم تدون قواعد هذا العلم، وكذلك فعل التابعون، فقد ساروا على نهج الصحابة في الاستنباط، ولم يحسوا بالحاجة إلى تدوين أصول استخراج الأحكام من أدلتها، لقرب عهدهم من عصر النبوة، ولتفقههم على الصحابة وأخذهم العلم منهم.

٩ ـ إلا أنه بعد انقراض عصر التابعين اتسعت البلاد الإسلامية، وجدت حوادث ووقائع كثيرة، واختلط العجم بالعرب على نحو لم يعد بسببه اللسان العربي على سلامته الأولى، وكثر الاجتهاد والمجتهدون، وتعددت طرقهم في الاستنباط، واتسع النقاش والجدل، وكثرت الاشتباهات والاحتمالات، فكان من أجل ذلك كله أن أحسن الفقهاء بالحاجة إلى وضع قواعد وأصول وضوابط للاجتهاد، يرجع إليها المجتهدون عند الاختلاف، وتكون موازين للفقه وللرأي الصواب.

وقد استمدت تلك القواعد من أساليب اللغة العربية، ومبادئها، ومما عرف من مقاصد الشريعة وأسرارها، ومراعاتها للمصالح، وما كان عليه الصحابة من

نهج في الاستدلال، ومن مجموع هذه القواعد والبحوث تكون علم أصول الفقه.

١٠ ـ وقد بدأ هذا العلم، بصورته المدونة، وليداً على شكل قواعد متناثرة في ثنايا كلام الفقهاء وبيانهم للأحكام، فقد كان الفقيه يذكر الحكم، ودليله، ووجه الاستدلال به. كما أن الخلاف بين الفقهاء كان يعضد بقواعد أصولية، يعتمد عليها كل فقيه لتقوية وجهة نظره، وتعزيز مذهبه، وبيان مأخذه في الاجتهاد.

١١ ـ وقد قيل: إن أول من كتب في أصول الفقه هو أبو يوسف، صاحب أبي حنيفة، ولكن لم يصل إلينا شيء من كتبه.

والشائع عند العلماء: أن أول من دون هذا العلم، وكتب فيه بصورة مستقلة، هو الإمام محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤ هـ(١).

فقد ألف فيه رسالته الأصولية المشهورة، وتكلم فيها عن القرآن، وبيانه للأحكام، وبيان السنة للقرآن، والإجماع والقياس، والناسخ والمنسوخ، والأمر والنهي، والاحتجاج بخبر الواحد، ونحو ذلك من الأبحاث الأصولية.

وكان نهجه في هذه الرسالة يتسم بالدقة، والعمق، وإقامة الدليل على ما يقول، ومناقشة آراء المخالف بأسلوب علمي رائع رصين.

وبعد الشافعي، كتب أحمد بن حنبل كتاباً في طاعة الرسول ﷺ، وآخر في الناسخ والمنسوخ، وثالثاً في العلل، ثم تتابع العلماء في الكتابة، وأخذوا ينظمون أبحاث هذا العلم، ويوسعونه، ويزيدون عليه.

١٢ ـ مسالك العلماء في بحث أصول الفقه:

ولم يسلك العلماء في أبحاث أصول الفقه طريقاً واحداً، فمنهم من سلك

---

(١) ويقول العلاّمة محمود الشهابي الخراساني في مقدمته في كتاب «فوائد الأصول» من تقريرات الحجة النائيني للعلامة الشيخ محمد علي الكاظمي الخراساني، ص د ـ هـ : وقد صرح جمع من الجهابذة: كابن خلكان، وابن خلدون، وصاحب «كشف الظنون»: بأن أول من صنف في أصول الفقه محمد بن إدريس الشافعي .. لكني لست على يقين من ذلك، بل من المحتمل عندي أن يكون يوسف بن يعقوب بن إبراهيم، وهو أول من لُقب بقاضي القضاة، سابقاً على الشافعي بتأليف الأصول».

مسلك تقرير القواعد الأصولية ، مدعومة بالأدلة والبراهين دون التفات إلى موافقة أو مخالفة هذه القواعد للفروع الفقهية المنقولة عن الأئمة المجتهدين ، فهو اتجاه نظري ، غايته : تقرير قواعد هذا العلم كما يدل عليها الدليل ، وجعلها موازين لضبط الاستدلال ، وحاكمة على اجتهادات المجتهدين لا خادمة لفروع المذهب ، وهذا المسلك عرف بمسلك المتكلمين ، أو طريقة المتكلمين ، وقد اتبعه المعتزلة والشافعية والمالكية ، كما اتبعه علماء الجعفرية في أول تدوينهم لعلم أصول الفقه . وإن جنحوا بعد ذلك إلى مزج هذه الطريقة بالطريقة الأخرى ، وهي : تقرير القواعد الأصولية على ضوء فروع المذهب(١) .

وتمتاز هذه الطريقة ـ طريقة المتكلمين ـ بالجنوح إلى الاستدلال العقلي ، وعدم التعصب للمذاهب ، والإقلال من ذكر الفروع الفقهية ، وإن ذكرت ، كان ذلك عرضا على سبيل التمثيل فقط .

١٣ ـ ومن العلماء من سلك مسلكاً آخر ، يقوم على تقرير القواعد الأصولية على مقتضى ما نقل عن الأئمة من فروع فقهية ، بمعنى : أن هؤلاء العلماء وضعوا القواعد التي رأوا أن أئمتهم لاحظوها في اجتهاداتهم ، واستنباطهم للأحكام ، على ضوء ما ورد عنهم من فروع فقهية ، وقد اشتهر علماء الحنفية باتباع هذا المسلك ، حتى عرفت هذه الطريقة بطريقة الحنفية .

ويمتاز هذا المسلك بالطابع العملي ، فهو دراسة عملية تطبيقية للفروع الفقهية المنقولة عن أئمة المذهب ، واستخراج القوانين والقواعد والضوابط الأصولية ، التي لاحظها واعتبرها أولئك الأئمة في استنباطهم ، ومن ثم فإن هذه الطريقة تقرر القواعد الخادمة لفروع المذهب ، وتدافع عن مسلك أئمة هذا المذهب في الاجتهاد ، كما إن هذه الطريقة ، وهذا هو نهجها ، أليق بالفروع وأمس بالفقه كما يقول العلامة ابن خلدون(٢) .

---

(١) «محاضرات في أصول الفقه الجعفري» لأستاذنا الشيخ محمد أبي زهرة ص ٢٢ .
(٢) «مقدمة ابن خلدون» ص٤٥٥ .

١٤ـ وقد وجدت طريقة ثالثة في البحث، تقوم على الجمع بين الطريقتين، والظفر بمزايا المسلكين، فتعنى بتقرير القواعد الأصولية المجردة التي يسندها الدليل، لتكون موازين للاستنباط، وحاكمة على كل رأي واجتهاد، مع التفات إلى المنقول عن الأئمة من الفروع الفقهية، وبيان الأصول التي قامت عليها تلك الفروع، وتطبيق القواعد عليها، وربطها بها، وجعلها خادمة لها، وقد اتبع هذه الطريقة علماء من مختلف المذاهب: كالشافعية، والمالكية والحنابلة، والجعفرية، والحنفية.

١٥ ـ ومن الكتب المؤلفة على طريقة المتكلمين: كتاب «البرهان» لإمام الحرمين عبدالملك بن عبدالله الجويني الشافعي المتوفى سنة ٤١٣هـ، وكتاب «المستصفى» لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الشافعي المتوفى سنة ٥٠٥هـ، وكتاب «المعتمد» لأبي الحسين محمد بن علي البصري المعتزلي المتوفى سنة ٤١٣هـ.

وقد لخص هذه الكتب الثلاثة فخر الدين الرازي الشافعي المتوفى سنة ٦٠٦هـ.

كما لخصها أيضاً وزاد عليها الإمام سيف الدين الآمدي الشافعي المتوفى سنة ٦٣١هـ في كتابه «الإحكام في أصول الأحكام».

أما الكتب المؤلفة على طريقة الحنفية فمن أهمها، كتاب «الأصول» لأبي بكر أحمد بن علي المعروف بالجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ، وكتاب «الأصول» لأبي زيد عبدالله بن عمر الدبوسي المتوفى سنة ٤٣٠ هـ، وكتاب «الأصول» لفخر الإسلام علي بن محمد البزدوي المتوفى سنة ٤٨٢ هـ، وشرحه المسمى: «كشف الاسرار» لعبدالعزيز بن أحمد البخاري المتوفى سنة ٧٣٠ هـ.

ومن الكتب المؤلفة على الجمع بين الطريقتين كتاب «بديع النظام» الجامع بين كتابي البزدوي والإحكام، للإمام مظفر الدين احمد بن علي الساعاتي الحنفي المتوفى سنة ٦٤٩ هـ، وكتاب «التنقيح»، وشرحه «التوضيح» لصدر الشريعة عبدالله بن مسعود الحنفي المتوفى سنة ٧٤٧هـ. و «شرح التوضيح» للشيخ سعد الدين مسعود

ابن عمر التفتازاني الشافعي المتوفى سنة ٧٩٢ هـ، وكتاب «جمع الجوامع» لتاج الدين عبدالوهاب بن علي السبكي الشافعي المتوفى سنة ٧٧١ هـ، وكتاب «التحرير» لابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ هـ، وشرحه «التقرير والتحبير» لتلميذ المؤلف محمد ابن محمد أمير الحاج الحلبي المتوفى سنة ٨٧٩ هـ، وكتاب «مسلم الثبوت» لمحب الله ابن عبدالشكور المتوفى سنة ١١١٩ هـ، و «شرحه» للعلامة عبدالعلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، وغيرها من الكتب.

ومن كتب الأصول المهمة عند علماء الجعفرية، كتاب «الذريعة إلى اصول الشريعة» للسيد الشريف المرتضى المتوفى سنة ٣٣٦ هـ، وكتاب «عدة الأصول» للشيخ أبي جعفر محمد بن حسين بن علي الطوسي المتوفى سنة ٤٦٠هـ(١).

ومن كتب متأخريهم كتاب «القوانين» لأبي الحسن الجيلاني الـذي فرغ من تأليفه سنة ١٢٠٥هـ، ومن الكتب الحديثة كتاب «العناوين» للشيخ محمد مهدي الخالصي الكاظمي، وقد فرغ من تأليفه سنة ١٣٤١ هـ.

١٦ ـ منهج البحث:

موضوعات علم الأصول: هي الحكم الشرعي، ودليله، وطرق استنباطه، والمستنبط نفسه، أي المجتهد من حيث شروط الأهلية للاجتهاد.

وعلى هذا سنقسم أبحاث هذا الكتاب على النحو التالي:

الباب الأول: في مباحث الحكم.

الباب الثاني: في أدلة الأحكام

الباب الثالث: طرق استنباط الأحكام، وقواعده، وما يلحق بهذا كله من قواعد الترجيح، والناسخ والمنسوخ.

الباب الرابع: الاجتهاد وشروطه، والمجتهد، والتقليد ومعناه.

---

(١) فوائد الاصول ص ٥.

البَابُ الأوّل

مَبَاحِث الحُكم

الفصل الأول

الحكم وأقسامه

المبحث الأول

التعريف بالحكم وأقسامه الأصلية

١٧ ـ معرفة الحكم الشرعي، هو الغاية من علم الفقه وأصوله، ولكن علم الأصول ينظر إليه من جهة وضع القواعد والمناهج الموصلة إليه، وعلم الفقه ينظر إليه باعتبار استنباطه فعلا، بتطبيق ما وضعه علم الأصول للتعرف عليه.

والحكم عند الأصوليين هو: خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء، أو التخيير، أو الوضع(١).

والمقصود بخطاب الله: كلامه مباشرة وهو القرآن، أو بالواسطة: وهو ما يرجع إلى كلامه من سُنّة، أو إجماع، وسائر الأدلة الشرعية التي نصبها الشارع لمعرفة حكمه.

فالسُّنّة: وهي ما يصدر عن الرسول ﷺ على وجه التشريع، راجعة إلى كلامه لأنها مبينة له، وهي وحي الله إليه، قال تعالى: ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ الهوى إنْ هُوَ إلاَّ وَحْيٌ يُوحَى﴾ [النجم: ٣].

---

(١) «فواتح الرحموت بشرح مُسلّم الثبوت» ج١ ص ٥٤، ومؤلف «مُسلّم الثبوت» محب الله بن عبد الشكور، والشارح هو عبدالعلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، و«إرشاد الفحول» للشوكاني ص ٥.

والإجماع لا بد له من دليل من الكتاب والسنة، فكان راجعاً إلى كلام الله بهذا الاعتبار.

وهكذا سائر الأدلة الشرعية، كلها كاشفة لخطاب الله، ومظهرة للحكم الشرعي لا مثبتة له.

والمقصود «بالاقتضاء»: الطلب، سواء أكان طلب فعل أم تركه، وسواء أكان هذا الطلب بنوعيه على سبيل الإلزام، أم كان على سبيل الترجيح.

والمراد «بالتخيير»: التسوية بين فعل الشيء وتركه، بدون ترجيح أحدهما على الآخر، وإباحة كل منهما للمكلف.

والمراد «بالوضع»: جعل شيء سبباً لآخر، أو شرطاً له، أو مانعاً منه(١).

فقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، حكم شرعي: لأنه خطاب من الله تعالى تعلق بفعل من أفعال المكلفين(٢)، وهو الإيفاء بالعقود على جهة الطلب له.

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء: ٣٢]، حكم شرعي: لأنه خطاب من الشارع، طلب به الكف عن فعل، وهو الزنى.

وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢]، حكم شرعي: لأنه خطاب من الشارع بإباحة الاصطياد بعد التحلل من الإحرام.

وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ﴾ [الجمعة: ١٠]، حكم شرعي: لأنه خطاب من الشارع بإباحة الانتشار في الأرض بعد الفراغ من الصلاة.

وقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧]، حكم شرعي: لأنه خطاب من الشارع بوجوب الحج على المكلفين.

---

(١) ويلحق بهذا وصف الشيء بكونه صحيحاً أو باطلاً أو فاسداً، كما سيأتي بيانه في موضعه.

(٢) المكلف: هو البالغ العاقل، ويُسمّى المحكوم عليه، كما سيأتي بيانه فيما بعد.

وقوله تعالى : ﴿ والسَّارِقُ والسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا ﴾ [المائدة : ٣٨] ، حكم شرعي : لأنه خطاب من الشارع بجعل السرقة سبباً لوجوب قطع يد السارق أو السارقة .

وقوله تعالى : ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ . . . ﴾ [الإسراء : ٧٨] ، حكم شرعي : لأنه خطاب من الشارع بجعل دلوك الشمس سبباً لوجوب الصلاة(١) .

وقول النبي ﷺ : «رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق» ، خطاب من الشارع بجعل النوم والصغر والجنون أموراً مانعةً من التكليف .

١٨ ـ ومن تعريف الحكم عند الأصوليين يعرف أمران :

الأول : ان خطاب الله تعالى المتعلق بغير أفعال المكلفين ، لا يسمى حكماً عند الأصوليين ، مثل خطابه تعالى المتعلق بذاته وصفاته ، كقوله تعالى : ﴿والله بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٍ﴾ ، وخطابه المتعلق بما خلقه من جمادات كقوله تعالى : ﴿وَالشَّمْسَ والْقَمَرَ والنُّجُومَ مُسَخَّرَاتٍ بِأَمْرِهِ﴾ [الأعراف : ٥٤] ، وقوله تعالى : ﴿أَلَمْ نَجْعَلِ الْأَرْضَ مِهَاداً وَالْجِبَالَ أَوْتَاداً﴾ [النبأ : ٦] ، وكذلك خطابه المتعلق بأفعال المكلفين ، ولكن لا على سبيل الطلب والتخيير والوضع ، كما في القصص القرآني كقوله تعالى : ﴿أَلَمْ غُلِبَتِ الرُّومُ فِي أَدْنَى الْأَرْضِ وَهُمْ مِنْ بَعْدِ غَلَبِهِمْ سَيَغْلِبُونَ فِي بِضْعِ سِنِينَ . . ﴾ [الروم : ١ ، ٢] ، وكما في إخباره عن خلقه للمخلوقات ، مثل قوله تعالى : ﴿وَاللهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾ [الصافات : ٩٦]

الثاني : ان الحكم عند الأصوليين هو نفس خطاب الله ، أي نفس النصوص الشرعية ، أما عند الفقهاء ، فالحكم : هو أثر هذا الخطاب ، أي ما يتضمنه هذا الخطاب ، فقوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَى﴾ هو الحكم عند الأصوليين ، أما عند الفقهاء : فهو أثر هذا الخطاب ، أي ما تضمنه هذا النص الشرعي ، وهو حرمة الزنى .

---

(١) الدُّلوك : تحوُّل الشمس في كبد السماء ، وميلها نحو جهة الغرب .

١٩ ـ أقسام الحكم الشرعي :

ينقسم الحكم عند الأصوليين إلى قسمين(١) :

الأول : الحكم التكليفي : وهو ما يقتضي طلب الفعل ، أو الكف عنه ، أو التخيير بين الفعل والترك .

وإنما سمي هذا النوع بالحكم التكليفي : لأن فيه كلفة على الإنسان ، وهذا ظاهر فيما طلب فيه الفعل أو الترك ، أما ما فيه تخيير فقد جعل أيضاً من الحكم التكليفي على سبيل التسامح والتغليب ، أو الاصطلاح ، ولا مشاحة في الاصطلاح . أو يقال : إن اعتبار المباح من أقسام أحكام التكليف ، بمعنى : أنه مختص بالمكلف ، أي ان الإباحة ، أو التخيير بين الفعل والترك لا يكون إلا لمن يصح إلزامه بالفعل والترك ، فهذا وجه اعتبار الإباحة من أحكام التكليف ، لا بمعنى أن المباح مكلف به(٢) .

الثاني : الحكم الوضعي : وهو ما يقتضي جعل شيء سبباً لشيء آخر ، أو شرطاً ، أو مانعاً منه .

وسمي هذا النوع بالحكم الوضعي : لأنه ربط بين شيئين بالسببية ، أو الشرطية ، أو المانعية بوضع من الشارع ، أي بجعل منه ، أي إن الشارع هو الذي جعل هذا سبباً لهذا ، أو شرطاً له ، أو مانعاً منه ، وقد مرت الأمثلة لهذين النوعين .

---

(١) يقسم بعض الأصوليين الحكم إلى ثلاثة أقسام :

أ ـ حكم اقتضائي : وهو ما يقتضي طلب الفعل أو تركه .

ب ـ وحكم تخييري : وهو ما يقتضي التخيير بين الفعل والترك .

ج ـ وحكم وضعي : وهو جعل شيء سبباً لآخر ،أو شرطاً له ، أو مانعاً منه : الآمدي ج١ ص ١٣٧ ، وهذا التقسيم هو الأدق وما يقتضيه التعريف ، ولكنا أخذنا بالتقسيم الثنائي جرياً مع أكثر الأصوليين ، لأنه هو الشائع المألوف عندهم .

(٢) «المسودة في أصول الفقه» لآل تيمية ص ٣٦ .

٢٠ ـ الفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي :

أ ـ الحكم التكليفي : يتطلب فعل شيء، أو تركه ، أو إباحة الفعل والترك للمكلف .
أما الحكم الوضعي ، فلا يفيد شيئاً من ذلك ، إذ لا يقصد به إلا بيان ما جعله الشارع سبباً لوجود شيء ، أو شرطاً له ، أو مانعاً منه ، ليعرف المكلف متى يثبت الحكم الشرعي ، ومتى ينتفي فيكون على بينة من أمره .

ب ـ المكلف به في الحكم التكليفي ، أمر يستطيع المكلف فعله وتركه ، فهو داخل في حدود قدرته واستطاعته ، لأن الغرض من التكليف : امتثال المكلف ما كلف به ، فإذا كان خارجاً عن استطاعته كان التكليف به عبثاً يتنزه عنه الشارع الحكيم ، ولهذا كان من القواعد في الشريعة الإسلامية : «لا تكليف إلا بمقدور» .

أما في الحكم الوضعي ، فلا يشترط في موضوعه أن يكون في قدرة المكلف ، ومن ثم كان منه المقدور للمكلف ، ومنه الخارج عن قدرته ، ولكن مع هذا إذا وجد ترتب عليه أثره .

فمن الحكم الوضعي المقدور للمكلف : السرقة والزنى وسائر الجرائم ، فقد جعلها الشارع أسباباً لمسبباتها ، فالسرقة مثلاً : سبب لقطع يد السارق ، والزنى : لجلد الزاني أو لرجمه ، وهكذا بقية الجرائم .

وكذلك سائر العقود والتصرفات ، فهي أسباب لآثارها الشرعية ، فالبيع : سبب لنقل الملكية ، والنكاح : سبب للحل بين الزوجين ، وترتب الحقوق على الطرفين ، وإحضار الشاهدين : شرط لصحة النكاح ، والوضوء : شرط لصحة الصلاة ، فلا يصح نكاح بلا شهود ، ولا تصح صلاة بلا وضوء ، وقتل الوارث مورثه : مانع من الإرث ، وكذا قتل الموصى له للموصي : مانع من نفاذ الوصية .

ومن الحكم الوضعي غير المقدور للمكلف : حلول شهر رمضان فهو سبب لوجوب الصيام ، ودلوك الشمس : سبب لوجوب الصلاة ، والقرابة : سبب للميراث ، وهذه الأسباب كلها غير مقدورة للمكلف ، وبلوغ الحلم : شرط لانتهاء

الولاية على النفس ، وبلوغ الإنسان الرشد : شرط لنفاذ بعض التصرفات ، وكل من البلوغ والرشد غير مقدور للمكلف ، والأبوة : مانعة من قتل الأب إذا قتل ابنه عمداً ، والجنون : مانع من تكليف المجنون ، من انعقاد عقوده ، وكون الموصى له وارثاً : مانع من نفاذ الوصية على رأي أكثر الفقهاء ، وهذه الموانع كلها غير مقدورة للمكلف .

المبحث الثاني

اقسام الحكم التكليفي

٢١ ـ يقسم معظم الأصوليين(١) الحكم التكليفي إلى خمسة أقسام، وهي :

أولاً : الإيجاب : وهو طلب الشارع الفعل على سبيل الحتم والإلزام، وأثره في فعل المكلف : الوجوب، والفعل المطلوب على هذا الوجه : هو الواجب.

ثانياً : الندب : وهو طلب الشارع الفعل على سبيل الترجيح لا الإلزام، وأثره في فعل المكلف الندب : أيضاً، والفعل المطلوب على هذه الصفة : هو المندوب.

ثالثاً : التحريم : وهو طلب الشارع الكف عن الفعل على سبيل الجزم والإلزام، وأثره في فعل المكلف : الحرمة، والفعل المطلوب تركه : هو الحرام أو المحرم.

رابعاً : الكراهة : وهي طلب الشارع الكف عن الفعل على سبيل الترجيح لا الحتم والإلزام، وأثره في فعل المكلف : الكراهة أيضاً، والفعل المطلوب تركه على هذا الوجه : هو المكروه.

خامساً : الإباحة : وهي تخيير الشارع للمكلف بين الفعل والترك، دون ترجيح لأحدهما على الآخر، وأثره في فعل المكلف : الإباحة، والفعل الذي خير فيه المكلف : هو المباح.

ومن هذا يتبين لنا أن المطلوب إيجاده نوعان :- الواجب والمندوب، وأن الفعل

---

(١) والحنفية يقسمونه إلى سبعة أقسام : الافتراض، والإيجاب، والندب، والتحريم، والكراهة تحريماً، والكراهة تنزيهاً، والإباحة.

المطلوب تركه نوعان أيضاً: المحرم والمكروه، وأن الفعل المخير بين فعله وتركه نوع واحد: هو المباح.

ونتكلم فيما يلي عن كل نوع من هذه الأنواع في مطلب على حدة.

المطلب الأول

الواجب

٢٢ ـ الواجب شرعاً: هو ما طلب الشارع فعله على وجه اللزوم، بحيث: يذم تاركه ومع الذم العقاب، ويمدح فاعله ومع المدح الثواب[١].

وتحتم الفعل أو لزومه، يستفاد من صيغة الطلب، كصيغة الأمر المجردة، فهي تدل على الوجوب، أو من ترتيب العقاب على ترك الفعل: فإقامة الصلاة، وبر الوالدين، والوفاء بالعقود، ونحو ذلك، كلها من الأفعال الواجبة التي ألزم الشارع المكلف بها، ورتب العقاب على تركها.

والواجب: هو الفرض عند الجمهور، فهما سواء لا يختلفان في الحكم ولا في المعنى، فهما يطلقان على ما يلزم فعله ويعاقب على تركه[٢].

أما الحنفية فإنهم يفرقون بينهما من جهة الدليل الذي ثبت به لزوم الفعل، فإذا كان الدليل ظنياً لا قطعياً: كخبر الآحاد الثابت به وجوب الأضحية، فالفعل هو الواجب، وإذا كان الدليل قطعياً لا ظنياً: كنصوص القرآن في لزوم الصلاة على المكلف، فالفعل هو الفرض.

فالحنفية نظروا إلى دليل لزوم الفعل، فقالوا بالواجب والفرض.

---

(١) «الإحكام» لابن حزم ج ٣ ص ٣٢١.

(٢) «المسوَّدة في أصول الفقه» ص ٥٠. وحكى ابن عقيل الحنبلي روايةً عن الإمام أحمد: إن الفرض ما لزم بالقرآن، والواجب ما كان بالسنة. وعلى هذه الرواية يقترب الحنابلة جداً من رأي الحنفية، إن لم يكونوا مثلهم في الفرق بين الفرض والواجب.

والجمهور نظروا إلى كون الفعل لازماً على المكلف، بغض النظر عن دليله من جهة قطعية أو ظنية ، فلم يفرقوا بين الواجب والفرض، وجعلوهما اسمين لمسمى واحد.

ولهذا الفرق أثره عند الحنفية ، فإن اللزوم في الواجب أقل منه في الفرض ، ومن ثم فإن عقاب ترك الواجب أدنى من عقاب ترك الفرض ، كما أن منكر الفرض يكفر ، ومنكر الواجب لا يكفر.

والظاهر لنا : أن الخلاف لفظي لا حقيقي ، فالحنفية يتفقون مع الجمهور بأن الفرض كالواجب : كلاهما مطلوب فعله على وجه الحتم والإلزام ، وإن تاركه يستحق الذم والعقاب.

والجمهور يتفقون مع الحنفية على أن المطلوب فعله طلباً جازماً، قد يكون دليله قطعياً، وقد يكون دليله ظنياً[1] وأن الأول يكفر منكره.

ولكن مع هذا فالجمهور يسوون بين الواجب والفرض، لأن كلاً منهما لازم على المكلف، ويستوجب الذم والعقاب على تركه، وهذا القدر كاف لأن يكونا شيئاً واحداً.

أما النظر إلى الدليل وقوة الإلزام وشدة العقاب وكفر المنكر لأحدهما دون الاخر، فهذه أمور خارجة عن ماهية وحقيقة الفعل الذي الزم المكلف به ، وسمي بالواجب، واتفق الجميع على أنه مقتضى خطاب الشارع الذي اقتضى طلب الفعل على وجه الحتم والالزام.

فالخلاف إذن لفظي ، يرجع إلى «الدليل التفصيلي» فهو اعتبار فقهي ، وليس خلافاً بين الأصوليين، ولا خلافاً حقيقياً بين الفقهاء[2]. .

٢٣ ـ اقسام الواجب :

يقسم الواجب إلى أقسام متعددة ، باعتبارات مختلفة ، فهناك تقسيم له : باعتبار وقت أدائه ، وآخر : باعتبار تقديره وعدم تقديره ، وثالث : باعتبار تعيينه

---

(١) «المستصفى» للغزالي ج ١ ص ٦٦.

(٢) «سلم الوصول»، للعلامة محمد بخيت المطيعي ج ١ ص ٧٦.

وعدم تعيينه، ورابع: باعتبار المطالب بأدائه،

ونتكلم فيما يلي عن كل قسم من هذه التقسيمات:

٢٤ ـ الواجب بالنظر إلى وقت أدائه:

وهو بهذا الاعتبار: واجب مطلق، وواجب مقيد.

فالواجب المطلق: هو ما طلب الشارع فعله، دون أن يقيد أداءه بوقت معين، فللمكلف أن يفعله في أي وقت شاء، وتبرأ ذمته بهذا الأداء، ولا إثم عليه في التأخير، ولكن ينبغي له المبادرة إلى الأداء، لأن الآجال مجهولة ولا يعلم الإنسان متى تحل به مصيبة الموت.

ومن هذا النوع: قضاء رمضان لمن أفطر بعذر مشروع فله أن يقضيه متى شاء، دون تقيد بعام مخصوص على ما ذهب إليه فريق من الفقهاء، كالحنفية، خلافاً لغيرهم.

وكالكفارة الواجبة على من حنث في يمينه: فله أن يكفر بعد الحنث مباشرةً، أو بعد ذلك بحين.

وكالحج: فهو واجب على المستطيع على التراخي، لا الفور: فله أداؤه في أي عام شاء من سني عمره.

والواجب المقيد: هو ما طلب الشارع فعله وعين لأدائه وقتاً محدداً: كالصلوات الخمس، وصوم رمضان، فلا يجوز أداؤه قبل وقته المحدد، ويأثم بتأخيره بعد وقته من غير عذر مشروع.

فالإلزام في الواجب المقيد: منصب على الفعل وعلى وقت معين.

والإلزام في الواجب المطلق: منصب على الفعل فقط، دون وقت معين.

هذا وإن المكلف إذا أدى الواجب في وقته بصورة صحيحة كاملة، سمي فعله: إداء، وإذا فعله في الوقت المعين ناقصاً، ثم أعاده كاملاً في هذا الوقت، سمي

فعله الثاني: إعادة، وإذا أداه بعد الوقت، سمي فعله: قضاء[1].

٢٥ ـ الواجب بالنظر إلى تقديره وعدم تقديره:

ينقسم الواجب باعتبار المقدار المطلوب منه إلى: واجب محدد، وواجب غير محدد.

فالواجب المحدد: هو ما عين الشارع منه مقداراً محدداً: كالزكاة، وأثمان المشتريات والمبيعات، والديات، ونحو ذلك.

وهذا النوع يتعلق بالذمة، وتصح المطالبة به من غير توقف على قضاء أو تراضٍ، لأنه محدد بنفسه، ولا تبرأ ذمة المكلف منه إلا بأدائه على الوجه الذي حدده الشارع، وثبت في ذمته.

والواجب غير المحدد: هو الذي لم يحدد الشارع مقداره: كالإنفاق في سبيل الله (في غير الزكاة) فهذا ليس له حد محدود، وإنما يتحدد بمقدار حاجة المحتاج وقدرة المنفق، فمن تعين عليه سد حاجة فقير، لزمه واجب غير محدد، فعليه ان ينفق على هذا الفقير بمقدار ما تندفع به حاجته.

ومنه أيضاً: التعاون على البر، فهو واجب غير محدد، وإنما الذي يحدده نوعية البر الذي يلزم المكلف التعاون على إيجاده.

وهذا النوع من الواجب لا يثبت ديناً في الذمة: لأن الشأن فيما يثبت في الذمة أن يكون محدداً، وعلى هذا لا تثبت النفقة للزوجة في ذمة الزوج قبل الحكم بها، أو التراضي عليها عند بعض الفقهاء، كالحنفية، لأنها قبل هاتين الحالتين لا تكون محددة، فلا تثبت في الذمة، وبالتالي لا تصح المطالبة بها عن مدة سابقة لحكم القاضي أو التراضي. وعند البعض الآخر من الفقهاء، كالشافعية وغيرهم: تثبت نفقة الزوجة ديناً في ذمة الزوج، من حين امتناعه عن النفقة، لأن هذه النفقة عندهم واجب محدد، فمقدارها محدد بحال الزوج، ومن ثم فللزوجة المطالبة بها عن المدة

---

(١) «تنقيح الأصول إلى علم الأصول» للعلامة الحلي، و «تسهيل الوصول إلى علم الأصول» للشيخ محمد عبد الرحمن المحلاوي ص ٢٧٦.

السابقة لحكم القاضي أو التراضي ، أي من حين امتناع الزوج عن النفقة ، وبهذا أخذ قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٩(١) .

٢٦ ـ الواجب بالنظر إلى تعين المطلوب وعدم تعينه :

وهو بهذا الاعتبار : واجب معين ، وواجب غير معين .

فالواجب المعين : هو ما طلبه الشارع بعينه من غير تخيير للمكلف بين أمور مختلفة : كالصلاة والصيام ورد المغصوب إن كان قائماً ، وحكم هذا النوع عدم براءة الذمة إلا بفعله بعينه .

والواجب غير المعين : هو ما طلبه الشارع لا بعينه ، ولكن ضمن أمور معلومة ، وللمكلف أن يختار واحداً منها لأداء هذا الواجب .

وقد يكون هذا الواجب واحداً من اثنين ، وللمكلف أن يختار أحدهما ، كما في قوله تعالى في أسرى الحرب ﴿حَتَّى إِذَا أَثْخَنتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾ [محمد : ٤] ، فللإمام أن يمن على الأسرى ، أو يفاديهم بغيرهم .

وقد يكون الواجب غير المعين واحداً من ثلاثة أمور ، ومثله : كفارة اليمين ، فإن الواجب فيها على الحانث واحد من ثلاثة أشياء : إطعام عشرة مساكين ، أو كسوتهم ، أو عتق رقبة ، وهذا عند الاستطاعة والمقدرة ، أما عند عدمها فالواجب معين : وهو صيام ثلاثة أيام . وسمى البعض هذا الواجب : بالواجب المخير ، لأن فيه تخييراً للمكلف(٢) .

٢٧ ـ الواجب بالنظر إلى المطالب به :

الواجب بهذا الاعتبار : واجب عيني ، وواجب على الكفاية(٣) .

---

(١) الفقرة الرابعة من المادة ٢٤ : تعتبر نفقة الزوجة غير الناشز دَيْناً في ذمة زوجها من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق .

(٢) «فواتح الرحموت شرح مُسلَّم الثبوت» ج١ ص ٦٦ .

(٣) وأضاف البعض قسماً ثالثاً : وهو الواجب المقصود حصوله من ذات معينة ، كالمفروض على النبي ﷺ دون سواه ، كفرض التهجد عليه : المحلاوي ص ٢٦٩ .

فالواجب العيني: هو ما توجه فيه الطلب اللازم إلى كل مكلف، أي هو ما طلب الشارع حصوله من كل واحد من المكلفين، فلا يكفي فيه قيام البعض دون البعض الآخر، ولا تبرأ ذمة المكلف منه إلا بأدائه، لأن قصد الشارع في هذا الواجب، لا يتحقق، إلا إذا فعله كل مكلف، ومن ثم يأثم تاركه ويلحقه العقاب، ولا يغني عنه قيام غيره به.

فالمنظور إليه في هذا الواجب: الفعل نفسه والفاعل نفسه، ومثاله: الصلاة. والصيام، والوفاء بالعقود، وإعطاء كل ذي حق حقه.

والواجب على الكفاية، أو الكفائي: هو ما طلب الشارع حصوله من جماعة المكلفين، لا من كل فرد منهم، لأن مقصود الشارع حصوله في الجماعة، أي إيجاد الفعل لا ابتلاء المكلف[1]، فإذا فعله البعض سقط الفرض عن الباقين[2]، لأن فعل البعض يقوم مقام فعل البعض الآخر، فكان التارك بهذا الاعتبار فاعلاً، وإذا لم يقم به أحد أثم جميع القادرين. فالطلب في هذا الواجب منصب على إيجاد الفعل لا على فاعل معين، أما في الواجب العيني فالمقصود به تحصيل الفعل ولكن من كل مكلف. ومن أمثلة الواجب الكفائي: الجهاد، والقضاء، والإفتاء، والتفقه في الدين، وأداء الشهادة، والأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، وإيجاد الصناعات والحرف والعلوم التي تحتاجها الأمة، وإعداد القوة بأنواعها، ونحو ذلك مما يحقق مصلحة عامة، لأن فروض الكفاية تهدف غالباً إلى مصلحة عامة للأمة.

وإنما يأثم الجميع إذا لم يحصل الواجب الكفائي، لأنه مطلوب من مجموع الأمة، فالقادر على الفعل عليه أن يفعله، والعاجز عنه عليه أن يحث القادر، ويحمله على فعله، فإذا لم يحصل الواجب كان ذلك تقصيراً من الجميع: من القادر، لأنه لم يفعله، ومن العاجز، لأنه لم يحمل القادر على فعله ويحثه عليه، قال الإمام الشافعي في الفرض الكفائي: «ولو ضيعوه معاً، خفت أن لا يخرج واحد منهم مطيق فيه المأثم»[3].

---

(١) «تيسير التحرير» ج ٢ ص ٣٦٣ - ٣٦٤.

(٢) «المسوَّدة» ص ٣١.

(٣) وعلى هذا «الرسالة» للإمام الشافعي ص ٣٦٦.

وعلى هذا التصوير للواجب وجب على الأمة مراقبة الحكومة، وحملها على القيام بالواجبات الكفائية، أو تهيئة الأسباب اللازمة لأدائها؛ لأن الحكومة نائبة عن الأمة في تحقيق المصالح العامة، وقادرة على القيام بأعباء الفروض الكفائية، فإذا قصرت في ذلك أثمت الأمة كلها بما فيها السلطة التنفيذية: الأمة لعدم حملها الحكومة على تهيئة ما تقام به الفروض الكفائية، والحكومة لعدم قيامها بالواجب الكفائي مع القدرة عليه.

وقد يصير الواجب الكفائي واجباً عينياً، كما في الجهاد: إذا لم يحصل المقصود به، صار فرضاً عينياً على كل مكلف قادر على محاربة العدو بأي نوع من أنواع المحاربة.

ومثله أيضاً: إذا شهد المكلف القادر دون غيره منكراً، فعليه إنكاره بقدر استطاعته.

ومثله أيضاً: الطبيب في القرية إذا لم يكن غيره تعين عليه إسعاف المرضى، وهكذا.

المطلب الثاني

المندوب

٢٨ ـ الندب : الدعاء إلى الأمر المهم ، والمندوب : المدعو إليه ، ومنه قول الشاعر :

لَا يَسْأَلُونَ أَخَاهم حِينَ يَنْدُبُهم ... للنَّائِبَاتِ عَلى ما قَالَ بُرْهَانا

وفي الاصطلاح : هو ما طلب الشارع فعله من غير إلزام ، بحيث يمدح فاعله ويثاب ، ولا يذم تاركه ولا يعاقب(١) ، وقد يلحقه اللوم والعتاب على ترك بعض أنواع المندوب .

ويدل على كون الفعل مندوباً صيغة الطلب ، إذا اقترن بها ما يدل على إرادة الندب لا الإلزام ، سواء كانت هذهالقرينة نصاً أو غيره .

فقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة : ٢٨٢] لا يدل هذا الطلب على الحتم والإلزام ، بقرينة ما ورد في سياق الآية وهو قوله تعالى : ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ [البقرة : ٢٨٣] فهذا النص يدل على أن طلب كتابة الدين : إنما يراد به الندب لا اللزوم ، فهو من قبيل الإرشاد للعباد لما يحفظون به حقوقهم من الضياع ، فإذا لم يأخذوا بهذا الإرشاد تحملوا هم نتيجة إهمالهم .

وقوله تعالى : ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً﴾ [النور : ٣٣] ، لا يدل على وجوب المكاتبة ، بقرينة القاعدة الشرعية : «إن المالك حر في التصرف في ملكه» .

---

(١) «المسوَّدة» ص ٥٧٦ ، «الإحكام» لابن حزم ج ١ ص ٤٠ ، ج ٣ ص ٣٢١ .

وقوله عليه الصلاة والسلام : «يا معشر الشباب ، من استطاع منكم الباءة فليتزوج[1]» لا يدل على وجوب النكاح على كل مكلف ، بقرينة ما عرف بالتواتر عن النبي ﷺ : أنه لم يلزم كل مكلف بالنكاح ، ولو مع قدرته عليه .

٢٩ ـ والمندوب ، يسمى أيضاً : السنة ، والنافلة ، والمستحب ، والتطوع ، والإحسان ، والفضيلة ، وكلها ألفاظ متقاربة المعنى تشير إلى معنى المندوب : وهو كونه راجح الفعل من غير إلزام[2] .

والمندوب ليس نوعاً واحداً ، بل هو على مراتب :

فأعلاها : ما واظب عليه النبي ﷺ ، ولم يتركه إلا نادراً ، ومنه : صلاة ركعتين قبل فريضة الفجر ، فهذه تسمى : سنة مؤكدة ، يلام تاركها ولا يعاقب ، ومنها أيضاً : النكاح في حالة الاعتدال بالنسبة للقادر عليه ، والأذان فهو من شعائر الإسلام المتعلقة بمصلحة دينية عامة ، فلا يجوز التهاون به ، ولهذا إذا تواطأ أهل قرية على تركه حملوا عليه قسراً .

ويلي هذه المرتبة ، ما يسمى : بالسُّنّة غير المؤكدة : وهي التي لم يداوم عليها النبي ﷺ ، كصلاة أربع ركعات قبل الظهر ، وكصدقة التطوع بالنسبة للقادر عليها ، إذا لم يكن من يتصدق عليه في حالة الاضطرار والحاجة الشديدة .

وتلي هذه المرتبة من المندوب ، ما يسمى بالفضيلة والأدب وسنة الزوائد ، كالاقتداء بالنبي ﷺ في شؤونه الاعتيادية التي صدرت منه بصفته إنساناً ، كآداب الأكل والشرب والنوم ، فالاقتداء به عليه الصلاة والسلام في هذه الأمور مستحب ، ويدل على تعلق المقتدي به ـ عليه الصلاة والسلام ـ ، ولكن تاركها لا يستحق لوماً

---

(١) الباءة : هي القدرة على النكاح والقيام بأعبائه .

(٢) سُمي المندوب بهذا الاسم : لأن الشارع دعا إليه ، وسُمي بالمستحب : لأن الشارع يحبه ، وبالنفل : لأنه زائد على الفرض ، ويزيد في الثواب ، وبالتطوع : لأن فاعله يأتي به تبرعاً ، وفضيلة : لأن فعله يفضل تركه . «رد المحتار» لابن عابدين ج ١ ص ٩١ وما بعدها .

ولا عتاباً لأنها ليست من أمور الدين، ولم تجر مجرى العبادات، ولكن مجرى العادات.

٣٠ ـ ويلاحظ هنا أمران:

الأول: إن المندوب بجملته يعتبر كمقدمة للواجب، ويذكر به ويسهل على المكلف أداءه، لأن المكلف بأدائه المندوبات ودوامه عليه، يسهل عليه أداء الواجبات ويعتادها، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: «المندوب إذا اعتبرته اعتباراً أعم وجدته خادماً للواجب، لأنه إما مقدمةٌ له، أو تذكارٌ به سواء أكان من جنسه واجب أم لا»[1]

الثاني: إن المندوب وإن كان غير لازم باعتبار جزئه، إلا أنه لازم باعتبار الكل، بمعنى: أنه لا يصح للمكلف أن يترك المندوبات جملة واحدة، فهذا قادح في عدالته، ويستحق عليه التأديب والزجر، ولهذا هم النبي ﷺ أن يحرق بيوت المداومين على ترك الصلاة جماعةً

فالأذان وصلاة الجماعة وصدقة التطوع وسنة الفجر، كلها مندوبة من حيث الجزء، لازمة من حيث الكل، فلا يَصِحّ تركها جملةٍ.

ومنه أيضاً: النكاح، فلا يصح تركه من قِبَل الأمة كلها، لأن في هذا الترك فناءها، فهو مندوب من حيث الجزء، أي بالنسبة للآحاد، واجب بالنسبة للجماعة، فهو كأنه فرض كفاية، «فترك المندوبات كلها مؤثر في أوضاع الدين، إذا كان الترك دائماً، أما إذا كان في بعض الأوقات فلا تأثير له»[2]

---

(١) «الموافقات» للشاطبي ج ١ ص ١٥١.

(٢) «الموافقات» للشاطبي ١ ج ص ١٣٢ ـ ١٣٣.

المطلب الثالث

الحرام أو المحرم

٣١ ـ الحرام: هو ما طلب الشارع الكف عنه على وجه الحتم والإلزام، فيكون تاركه مأجوراً مطيعاً، وفاعله آثماً عاصياً[١]، سواء كان دليله قطعياً لا شبهة فيه: كحرمة الزنى، أم كان ظنياً: كالمحرمات بالسنة الآحادية.

وعند الحنفية لا يطلق الحرام إلا على ما كان دليله قطعياً، فإن كان ظنياً: سمي بالمكروه تحريماً.

ويستفاد التحريم من استعمال لفظ يدل على التحريم بمادته: كلفظ الحرمة، أو نفي الحل، كقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفسه»[٢].

أو يستفاد التحريم من صيغة النهي المقترنة بما يدل على الحتم، أو من ترتيب العقوبة على الفعل.

فمن الأول: قوله تعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾ [الحج: ٣٠]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠].

---

(١) «الإحكام» لابن حزم ج ٣ ص ٣٢١.

(٢) ولا يتوهم أحد أن مال الذمي «غير المسلم» حلال، لأن ذكر المسلم في الحديث الشريف لا يدل على هذا الوهم، والحقيقة أن الذمي كالمسلم في لزوم احترام ماله وعدم أخذه إلا برضى منه، لأن القاعدة: إن الذميين لهم ما لنا وعليهم ما علينا، وقال علي (رض): إنما قبلوا عقد الذمة لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا. انظر الكاساني في «بدائع الصنائع» ج ٦ ص ١١١ و«سنن الدار قطني» ج٢ ص ٣٥٠ و«شرح السير الكبير» ج٣ ص ٢٥٠.

ومن الثاني : قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور : ٤]، وقوله تعالى : ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً﴾ .

٣٢ ـ أقسام الحرام :

الثابت من استقراء أحكام الشريعة : أن الشارع لم يحرم شيئاً إلا لمفسدته الخالصة أو الغالبة ، وهذه المفسدة إما أن ترجع إلى ذات الفعل المحرم وهذا هو المحرم لذاته أو لعينه ، وأما أن ترجع لا إلى ذات الفعل بل إلى أمر اتصل به ، وهذا هو المحرم لغيره .

٣٣ ـ فالمحرم لذاته : هو ما حرمه الشارع ابتداءً لما فيه من الأضرار والمفاسد الذاتية التي لا تنفك عنه : كالزنى ، وتزوج المحارم ، وأكل الميتة وبيعها ، والسرقة ، وقتل النفس بغير الحق ، ونحو ذلك مما حرم لذاته وعينه .

وحكم هذا النوع : أنه غير مشروع أصلاً ، ولا يحل للمكلف فعله ، وإذا فعله لحقه الذم والعقاب ، ولا يصلح أن يكون سبباً شرعياً تترتب عليه أحكامه ، وإذا كان محلاً للعقد بطل العقد ، ولم يترتب عليه أثره الشرعي .

فأكل الميتة محظور على المكلف ، لا يحل له فعله ، والسرقة لا تكون سبباً شرعياً لثبوت الملك ، والزنى لا يصلح سبباً شرعياً لثبوت النسب والتوارث ، والميتة إذا كانت محلاً لعقد البيع بطل العقد ، ولم يترتب عليه ما يترتب على البيع الصحيح المشروع ، وعقد النكاح إذا كان محله أحد المحارم مع العلم بذلك ، كان العقد باطلاً ، ولم يترتب عليه شيء مما يترتب على عقد النكاح الصحيح : من ثبوت النسب والتوارث والحقوق بين الطرفين والحل بينهما ، بل يعتبر الدخول زنى .

٣٤ ـ ولكن قد يباح بعض أنواع المحرم لذاته عند الضرورة ، لأن تحريمه كان بسبب مفاسده الذاتية المعارضة لحفظ الضروريات الخمس : وهي حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال ، فالميتة يحل أكلها عند خوف الهلاك ، والخمر يحل

شربها دفعاً لهلاك النفس، لأن حفظ النفس ضروري، فكان لا بد من تحصيله بإباحة المحرم.

٣٥ ـ المحرم لغيره:

وهو ما كان مشروعاً في الأصل، إذ لا ضرر فيه ولا مفسدة، أو أن منفعته هي الغالبة، ولكنه اقترن بما اقتضى تحريمه: كالصلاة في الأرض المغصوبة، والبيع وقت نداء الجمعة، والنكاح المقصود به تحليل المطلقة ثلاثاً لمطلقها، والنكاح مع الخطبة على خطبة الغير، والطلاق البدعي، وبيوع الآجال، أو ما يسمى ببيوع العينة التي يقصد بها الربا ونحو ذلك مما عرض له التحريم لأمر خارج عن ذات الفعل، فليس التحريم لذات الفعل: لأن الفعل بنفسه خال من المفسدة والضرر، ولكن اتصل به ما جعل فيه مفسدةً وضرراً.

فالصلاة بذاتها مشروعة، فهي واجبة، ولكن لما اتصل بها محرم وهو الغصب جاء النهي عن الصلاة في الأرض المغصوبة.

والبيع بذاته مباح، ولكن وقوعه وقت النداء للجمعة جعل فيه مفسدة التعويق عن السعي إلى أداء فريضة الجمعة، فجاء النهي عنه.

والنكاح بذاته مشروع، فهو مباح أو مندوب، ولكن وقوعه مع الخطبة على خطبة الغير جعل فيه مفسدة إيذاء الغير، وما ينتج عنه من عداوة وبغضاء، فنهى الشارع عنه.

والنكاح لغرض التحليل، فيه مفسدة التلاعب بالأسباب الشرعية، واستعمالها في غير ما وضعت له، فكان منهياً عنه لهذا السبب.

٣٦ ـ وحكم هذا النوع من المحرم يقوم على أساس نظرتنا إليه. فالمحرم لغيره مشروع من جهة أصله وذاته، وغير مشروع من جهة ما اتصل به من أمر محرم.
فمن الفقهاء من غلب جهة مشروعية أصله على حرمة ما اتصل به، فقال: إنه يصلح سبباً شرعياً، وتترتب عليه آثاره، وإن كان منهياً عنه باعتبار ما اتصل به،

ولهذا يلحق فاعله الإثم من هذه الجهة لا من جهة إتيانه الفعل نفسه.

وعلى هذا النظر تكون الصلاة في الأرض المغصوبة صحيحةً مجزئةً، وتبرأ ذمة المكلف منها وهو آثم بالغصب، والبيع وقت النداء صحيح مع الإثم، لإيقاعه في هذا الوقت وهكذا.

ومن الفقهاء من غلب جهة فساد ما اتصل بالفعل على مشروعية أصله فقال بفساد الفعل، وعدم ترتب أثره الشرعي عليه، ولحوق الإثم بفاعله، لأن جهة الفساد في نظرهم لا تبقي أثراً لمشروعية أصله.

وعلى هذا الأساس قال هذا الفريق من الفقهاء ببطلان الصلاة في الأرض المغصوبة، والنكاح المقصود به التحليل، والطلاق البدعي، ونحو ذلك[1].

---

(١) سيأتي زيادة إيضاح لهذه المسألة إن شاء الله في مبحث الصحة والفساد وفي مبحث النهي.

المطلب الرابع

المكروه

٣٧ ـ المكروه: هو ما كان تركه أولى من فعله[١]، أو هو ما طلب الشارع من المكلف تركه، لا على وجه الحتم والإلزام كما لو كانت الصيغة بنفسها دالة على الكراهة، أو كانت الصيغة من صيغ النهي، وقامت القرينة على صرفها من التحريم إلى الكراهة.

فمن الأولى: قوله عليه السلام: «إن الله يكرَه لكم قِيلَ وقَالَ وكَثْرَةَ السُّؤالِ وإضاعَةَ المالِ»، وقوله ﷺ: «أبغض الحلالِ إلى الله الطلاقُ».

ومن الثانية: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِنْ تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ﴾ [المائدة: ١٠١]، والقرينة الصارفة عن التحريم إلى الكراهة، ما جاء بنفس الآية وهو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَسْأَلُوا عَنْهَا حِينَ يُنَزَّلُ الْقُرْآنُ تُبْدَ لَكُمْ عَفَا اللهُ عَنْهَا وَاللهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.

وحكم المكروه: أن فاعله لا يأثم، وإن كان ملوماً، وأن تاركه يمدح ويثاب، إذا كان تركه لله.

٣٨ ـ ما قدمناه في المكروه هو على رأي الجمهور واصطلاحهم، فالمكروه عندهم نوع واحد، وهو ما ذكرناه.

أما الحنفية، فعندهم المكروه نوعان:

---

(١) المحلاوي ص ٢٥٠.

الأول: المكروه تحريماً: وهو ما طلب الشارع من المكلف الكف عنه حتماً، بدليل ظنيٍّ لا قطعيٍّ: كالخِطبة على خطبة الغير، والبيع على بيع الغير، فقد ثبت كل منهما بخبر الآحاد، وهو دليل ظنيٌّ.

وهذا النوع من المكروه يقابل الواجب عند الأحناف.

وحكمه حكم المحرم عند الجمهور، أي يستحق فاعله العقاب وإن كان لا يكفر منكره، لأن دليله ظني.

الثاني: المكروه تنزيهاً: وهو ما طلب الشارع الكف عنه طلباً غير مُلزم للمكلَّف، مثل: أكل لحوم الخيل للحاجة إليها في الحروب، والوضوء من سؤر سباع الطير.

وحكم هذا المكروه: أن فاعله لا يذم ولا يعاقب، وإن كان فعله خلاف الأولى والأفضل.

فهذا الخلاف بين الحنفية وبين الجمهور، كخلافهم في الفرض والواجب، فالحنفية: نظروا إلى دليل طلب الكف الإلزامي عن الفعل، فإن كان الدليل قطعياً: فهو المحرم عندهم، وإن كان الدليل ظنياً: فهو المكروه تحريماً، وإن كان الكف غير إلزامي: فهو المكروه تنزيهاً.

أما الجمهور: فلم ينظروا إلى الدليل من جهة قطعيته وظنيته، وإنما نظروا إلى طبيعة طلب الكف عن الفعل، فإن كان إلزامياً: فهو المحرم عندهم، سواء أكان دليله قطعياً أم ظنياً، وإن كان طلب الكف غير إلزامي: فهو المكروه عندهم، وهو ما يقابل المكروه تنزيهاً عند الحنفية.

المطلب الخامس

المباح

٣٩ ـ المباح : هو ما خير الشارع المكلف بين فعله وتركه ، ولا مدح ولا ذم على الفعل والترك ، ويقال له : الحلال(١) .

وتعرف الإباحة بأمور ، منها :

أ ـ النص من الشارع بحل الشيء ، مثل قوله تعالى : ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ﴾ [المائدة : ٥] .

ب ـ النص من الشارع على نفي الإثم أو الجناح أو الحرج :

فمن الأول : قوله تعالى : ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة : ١٧٣] . ومن الثاني : ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ﴾ [البقرة : ٢٣٥] .

ومن الثالث : ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ﴾ [النور : ٦١] .

جـ ـ التعبير بصيغة الأمر مع وجود القرينة الصارفة عن الوجوب إلى الإباحة ، مثل قوله تعالى : ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة : ٢] ، أي إذا تحللتم من إحرام الحج ، فالصيد مباح لكم .

د ـ استصحاب الإباحة الأصلية للأشياء ، بناء على أن الأصل فيها الإباحة ، كما

(١) الشوكاني ص ٦ ، الشاطبي ج ١ ص ٤٠ .

سيأتي تفصيل ذلك ـ إن شاء الله ـ في مبحث الاستصحاب كدليل من أدلة الاحكام .

وعلى هذا فالأفعال من عقود وتصرفات ، والأشياء من جماد أو حيوان أو نبات ، الأصل فيها الإباحة ، فما لم يرد دليل من الشارع يدل على حكمها صراحةً ، فحكمها الإباحة استصحاباً للإباحة الأصلية .

هذا وإن حكم المباح : أنه لا ثواب فيه ولا عقاب ، ولكن قد يثاب عليه بالنية والقصد ، كمن يمارس أنواع الرياضة البدنية بنية تقوية جسمه ، ليقوى على محاربة الأعداء .

٤٠ ـ ومما تجب ملاحظته : أن المباح على ما فسرناه إنما هو بالنسبة للجزء ، وأما بالنسبة للكل فهو إما مطلوب الفعل أو الترك ، فالإباحة تتجه إلى الجزئيات ، لا إلى الكليات ، وإلى بعض الأوقات ، لا إلى جميع الأزمان .

كالأكل : فهو مباح ، بمعنى : أن للمكلف أن يتخير أنواع المطعومات المباحة ، فيأخذ منها ما يشاء ويترك ما يشاء ، كما له أن يترك الأكل في وقت من الأوقات ، ولكن أصل الأكل مطلوب فعله من حيث الجملة ، لأن فيه حياة الأنسان ، وحفظ الحياة مطلوب من المكلف .

والتمتع بالطيبات من مأكل ومشرب وملبس : مباح من حيث الجزء ، وفي بعض الحالات ، فللمكلف أن يتمتع أو لا يتمتع بهذا الجزئي من الطيبات ، مأكولاً كان ، أو مشروباً ، أو ملبوساً ، حتى لو تركه في بعض الأوقات مع القدرة عليه لا حرج عليه ، ولكن لو تركه جملةً لكان على خلاف المندوب شرعاً ، ففي الحديث عن النبي ﷺ : «إنَّ اللهَ يُحِبُّ أن يَرَى أثَرَ نِعْمَتِه على عَبْدِه» ، وفي الحديث أيضاً : «إذا أَوْسَعَ اللهُ عليكم فأوْسِعُوا على أنفسكم» ، فترك الطيبات بالجملة مكروه ، وأخذها من حيث الجملة مندوب ، والتخير في جزئياتها فعلاً وتركاً ووقتاً دون وقت مباح حلال .

واللهو البريء كالتنزه في البساتين واللعب المباح والسماع المباح ونحو ذلك : مباح بالجزء ، بمعنى : لو فعله المكلف في بعض الأوقات ، وفي بعض الحالات ، فلا

حَرَج فيه ، ولكن لو اتخذ اللهو عادةً له ، وقضى أوقاته فيه ، كان ذلك خلاف محاسن العادات ، ومن ثم يصير مكروهاً ، فالكراهة هنا منصبة على الدوام والاستمرار باللهو وقضاء الوقت فيه ، لا عليه باعتبار الجزء ، أي باعتبار مباشرته في بعض الأوقات لا على وجه العادة والاستمرار .

ووطء الأزواج زوجاتهم : مباح ، ولكن تركه بالكلية وعلى وجه الدوام والاستمرار حرام ، لما فيه من الإضرار بالزوجة والتفويت لمقاصد النكاح ، فالإباحة في الوطء منصبة على جزئياته وأوقاته ، والحرمة منصبه على تركه جملة(١) .

---

(١) الشاطبي ج ١ ص ١٣٠ وما بعدها .

المطلب السادس

العزيمة والرخصة

٤١ ـ العزيمة والرخصة من أقسام الحكم التكليفي ، لأن الأول : اسم لما طلبه الشارع أو أباحه على وجه العموم ، والرخصة : اسم لما أباحه الشارع عند الضرورة تخفيفاً عن المكلفين ، ودفعاً للحرج عنهم ، والطلب والإباحة من أقسام الحكم التكليفي .

وذهب البعض إلى أن العزيمة والرخصة من أقسام الحكم الوضعي ، باعتبار أن العزيمة ترجع إلى أن الشارع جعل الأحوال العادية للمكلفين سبباً لبقاء الأحكام الأصلية واستمرارها ، وأن الرخصة ترجع إلى جعل الشارع الأحوال الطارئة غير الاعتيادية سبباً للتخفيف عن المكلفين ، والسبب من أقسام الحكم الوضعي .

ولكن ما ذهب إليه الأولون هو الأظهر ، وهذا ما جرينا عليه ، فالعزيمة والرخصة : من أقسام الحكم التكليفي .

٤٢ ـ والعزيمة في اللغة : القصد على وجه التأكيد ، ومنه قوله تعالى : ﴿فَنَسِيَ وَلَمْ نَجِدْ لَهُ عَزْماً﴾ [طه : ١١٥] ، أي لم يكن من آدم عليه السلام قصد مؤكد على عصيان أمر ربه .

أما في الاصطلاح : فمعناها هو ما ذكرناه آنفاً .

وقد عرفها البعض : بأنها اسم لما هو أصل من الأحكام غير متعلق

بالعوارض(١)، ومعنى هذا: أن العزيمة تطلق على الأحكام الشرعية التي شرعت لعموم المكلفين، دون نظر إلى ما قد يطرأ عليهم من أعذار، فهي أحكام أصلية، شرعت ابتداءً لتكون قانوناً عاماً لجميع المكلفين في أحوالهم العادية، ولم ينظر في تشريعها إلى ضرورة أو عذر كالصلاة وسائر العبادات. وهي تتنوع إلى أنواع الحكم التكليفي: من وجوب وندب وكراهة وإباحة، ولا تطلق عند المحققين إلا إذا قابلتها رخصة.

٤٣ ـ والرخصة في اللغة: السهولة واليسر، وفي الاصطلاح: ما ذكرناه.

وعرفها البعض، بقوله: هي ما وسع للمكلف في فعله لعذر وعجز عنه، مع قيام السبب المحرم(٢)، أو هي ما شرع من الأحكام لعذر مع قيام المحرم، لولا العذر لثبتت الحرمة(٣).

ومعنى هذا الكلام، هو ما قلناه أوّلاً، فالرخصة: هي الأحكام التي شرَعها الشارع، بناءً على أعذار المكلفين، ولولاها لبقيَ الحكم الأصلي، فهي حكم استثنائي من أصل كُليّ، وسبب الاستثناء ملاحظة الضرورات والأعذار دفعاً للحرج عن المكلف، وهي في أكثر الأحوال تنقل الحكم الأصلي من مرتبة اللزوم إلى مرتبة الإباحة، وقد تنقله إلى مرتبة الندب أو الوجوب كما سيأتي.

٤٤ ـ أنواع الرخص:

اولاً ـ إباحة المحرم عند الضرورة: كالتلفظ بكلمة الكفر مع اطمئنان القلب إذا أكره على ذلك بالقتل، قال تعالى: ﴿إلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦]، ومثله: أكل الميتة وشرب الخمر، لأن حفظ الحياة ضروري، فأباح الشارع الحكيم أكل الميتة عند الجوع الشديد الذي يخاف فيه تلف النفس، وكذا شرب الخمر عند الظمأ الشديد الذي يخشى فيه

---

(١) «التلويح» ج ٢ ص ١٢٧.

(٢) «المستصفى» ج ١ ص ٩٨، الآمدي ج ١ ص ١٨٨.

(٣) «التلويح» ٢ج ص ١٢٧، الآمدي ج ١ ص ١٨٨.

الهلاك ، ومنه أيضاً : إتلاف مال الغير عند الإكراه عليه إكراهاً يؤدي إلى تَلَف النفس أو عضو منها .

ثانياً : إباحة ترك الواجب ، مثل : الفطر في رمضان للمسافر والمريض دفعاً للمشقة ، ومنه أيضاً : ترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذا كان الحاكم طاغية ظالماً يقتل من يأمره وينهاه .

ثالثاً - تصحيح بعض العقود التي يحتاجها الناس ، وإن لم تجر على القواعد العامة ، مثل : بيع السلم ، فقد أباحه الشارع الحكيم مع أنه بيع معدوم ، وبيع المعدوم باطل ، ولكن أجازه الشارع استثناءً من القواعد العامة في البيوع ، تخفيفاً وتيسيراً على المكلفين . ومنها أيضاً: عقد الاستصناع ، أباحه الشارع مع أنه بيع معدوم لحاجة الناس إليه ، وفي منعهم منه حرج وضيق .

٤٥ ـ حكم الرخصة :

الأصل في الرخصة : الإباحة ، فهي تنقل الحكم الأصلي من اللزوم إلى التخيير بين الفعل والترك ، لأن مبنى الرخصة ملاحظة عذر المكلف ، ورفع المشقة عنه ، ولا يتأتى تحصيل هذا المقصود إلا بإباحة فعل المحظور وترك المأمور به ، ومثل هذا : الفطر في رمضان للمسافر والمريض ، فلكل منهما الإفطار عملاً بالرخصة ، والصيام عملاً بالعزيمة إذا لم يضرهما الصوم ، وهذه هي رخصة الترفيه على اصطلاح الحنفية : لأن الحكم الأصلي باقٍ لم ينعدم ، ولكن رخص للمكلف تركه ترفيهاً وتخفيفاً عنه .

وقد يكون الأخذ بالعزيمة أولى مع إباحة الأخذ بالرخصة ، ومن هذا النوع : إباحة إجراء لفظ الكفر على اللسان ، مع اطمئنان القلب ، عند الإكراه عليه بالقتل أو تلف العضو ، ولكن الأولى : الأخذ بالعزيمة ، لما في ذلك من إظهار الاعتزاز بالدين ، والصلابة بالحق ، وإغاظة الكافرين ، وإضعاف نفوسهم ، وتقوية معنويات المؤمنين ، يدل على ذلك : أن بعض أعوان مسيلمة الكذاب أخذوا رجلين مسلمين ، وذهبوا بهما إليه ، فسأل أحدهما : ما تقول في محمد؟ قال : هو رسول الله ، قال : فما

تقول في؟ قال: أنت أيضاً، فتركه ولم يمسه بسوء، ثم سأل الآخر عن محمد فقال: هو رسول الله، قال: فما تقول في؟ قال: أنا أصم لا أسمع، فأعاد عليه ثلاثاً، فأعاد جوابه، فقتله. فلما بلغ ذلك النبي ﷺ قال: أما الأول: فقد أخذ برخصة الله، وأما الثاني: فقد صدع بالحق فهنيئاً له.

وعمار بن ياسر نطق بكلمة الكفر، ونال من الرسول ﷺ، ومدح آلهة المشركين تحت وطأة العذاب الشديد، ولما أخبر عمار النبي ﷺ بما جرى، قال له: كيف وجدت قلبك؟ قال: مطمئناً، فقال عليه الصلاة والسلام، فإن عادوا فعد.

فهذا الخبر يدل على إباحة التلفظ بالكفر عند الضرورة والإكراه، والخبر الأول يدل على أن الصبر والأخذ بالعزيمة أفضل وأولى.

ومنه أيضا: الأخذ بعزيمة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولو أدى إلى القتل وهذا هو الأولى، يدل عليه ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: سيد الشهداء حمزة بن عبدالمطلب، ورجل قال كلمة حق لسلطان جائر، فقتله.

فأمر الحاكم الظالم ونهيه مع احتمال بطشه، أولى من السكوت عنه، لأن النبي ﷺ جعله قريناً لحمزة بن عبدالمطلب في مرتبة الشهادة العالية.

ويلاحظ هنا: ان ترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر عند خوف الضرر رخصة، كما لو كان المأمور حاكماً ظالماً يقتل من يأمره وينهاه، وان الأخذ بالعزيمة أولى، كما قلنا، إلا ان هذا الحكم إنما هو بالجزء، لا بالكل، بمعنى: أنه يخص الفرد لا الأمة كلها، فلا يجوز أن تهجر الأمة كلها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر خوفاً من السلطان الجائر، لأنه ـ أي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ـ فرض على الكفاية، فيجب أن يتحقق في الأمة وإن كان فيه هلاك النفس. ألا يرى أن الجهاد فرض على الكفاية، ويجب أن تقوم به الأمة ولو أدى إلى ذهاب المهج وتلف الأرواح؟ فالأمر بالمعروف في هذه الحالة ضرب من ضروب الجهاد، لا يجوز للأمة أن تتخلى عنه، ولو أدى ذلك إلى قتل بعض الأفراد.

وقد يكون الأخذ بالرخصة واجباً: كما في تناول الميتة عند الضرورة، بحيث

إذا لم يأكلها المضطر مات جوعاً، فإذا لم يفعل كان آثماً لتسببه في قتل نفسه، لأن الله تعالى يقول: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾. [البقرة: ١٩٥]

وتعليل ذلك: ان الميتة ونحوها من المحرمات كالخمر، إنما حرمت لما فيها من افساد النفوس والعقول، ولكن إذا تعينت سبيلاً لحفظ النفس ودفع الهلاك عنها، كان تناولها واجباً، لأنه ليس من حق الانسان ان يتلف نفسه، أو يعرضها للتلف في غير الحالات المأذون فيها شرعاً، لأن نفس الإنسان ليست ملكه حقيقةً، وإنما هي ملك خالقها وهو الله جل جلاله وقد أودعها عند الإنسان، وليس من حق الوديع أن يتصرف في الوديعة بغير إذن مالكها، وهذا النوع من الرخصة: أي ما كان الأخذ بها واجباً، هو ما سماه الحنفية برخصة الإسقاط، لأن الحكم الأصلي سقط في هذه الحالة، ولم يبق في المسألة إلا حكم واحد: هو الأخذ بالرخصة.

المبحث الثالث

أقسام الحكم الوضعي

المطلب الأول

السبب

٤٦ ـ السبب في اللغة: ما يتوصل به الى مقصود ما.

وفي الاصطلاح: ما جعله الشرع معرفاً لحكم شرعي، بحيث يوجد هذا الحكم عند، وجوده وينعدم عند عدمه(١).

وعلى هذا يمكن تعريف السبب في الاصطلاح: بأنه كل أمر جعل الشارع وجوده علامةً على وجود الحكم، وعدمه علامةً على عدمه: كالزنا لوجوب الحد، والجنون لوجوب الحجر، والغصب لوجوب رد المغصوب إن كان قائماً ومثله، أو قيمته إن كان هالكاً. فإذا انتفى الزنا والجنون والغصب: انتفى وجوب الحد (العقوبة) والحجر والرد أو الضمان.

٤٧ ـ أقسام السبب:

السبب باعتباره فعلاً للمكلف، أو ليس فعلاً له، ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: سبب ليس فعلاً للمكلف ولا مقدوراً له، ومع هذا إذا وجد، وجد الحكم، لأن الشارع ربط الحكم به وجوداً وعدماً، فهو إمارة لوجود الحكم وعلامة لظهوره. كدلوك الشمس لوجوب الصلاة، وشهر رمضان لوجوب الصيام، والاضطرار لإباحة الميتة، والجنون والصغر لوجوب الحجر.

(١) «المستصفى» للغزالي ج ١ ص ٩٣ ـ ٩٤، الآمدي ج١ ص ١١ وما بعدها.

القسم الثاني : سبب هو فعل للمكلف وفي قدرته ، كالسفر لإباحة الفطر ، والقتل العمد العدوان لوجوب القصاص ، والعقود والتصرفات المختلفة لترتب آثارها: كالبيع لملك المبيع من قبل المشتري ، وإباحة الانتفاع له به .

وهذا القسم من السبب ، أي ما كان فعلاً للمكلف ، ننظر إليه نظرين :

الأول : باعتباره فعلاً للمكلف ، فيكون داخلاً في خطاب التكليف ، وتجري عليه أحكامه ، فيكون مطلوباً فعله ، أو مطلوباً تركه ، أو مخيراً فيه .

الثاني : باعتبار ما رتب عليه الشارع من أحكام أخرى ، فيعد من أقسام الحكم الوضعي(١) .

فالنكاح يكون واجباً عند خوف الوقوع في الزنى ، والقدرة على تكاليف النكاح ، والوجوب حكم تكليفي . ويكون سبباً ، فتترتب عليه جميع الآثار الشرعية من وجوب المهر والنفقة والتوارث ، والسببية حكم وضعي .

والقتل العمد العدوان مطلوب الترك جزماً ، وهذا حكم تكليفي ، وهو سبب وجوب القصاص ، وهذا حكم وضعي .

والبيع مباح وهذا حكم تكليفي ، وهو سبب لثبوت ملك البائع للثمن ، والمشتري للمبيع وهذا حكم وضعي .

٤٨ ـ وينقسم السبب أيضاً باعتبار ما يترتب عليه، إلى قسمين:

الأول : سبب لحكم تكليفي : كالسفر لإباحة الفطر ، وملك النصاب لوجوب الزكاة .

الثاني : سبب لحكم هو أثر لفعل المكلف : كالبيع لملك المبيع من قبل المشتري ، والوقف لإزالة الملك من الواقف ، والنكاح سبب للحل بين الزوجين ، والطلاق لإزالة الحل بينهما .

---

(١) الشاطبي ج ١ ص ١٨٨ .

٤٩ ـ ربط الأسباب بالمسببات :

المسببات تترتب على أسبابها إذا وجدت هذه الأسباب ، وتحققت شرعاً لترتب الأحكام عليها ، فالقرابة سبب للإرث ، وشرطه : موت المورِّث ، وتحقق حياة الوارث حقيقةً ، أو حكماً ، والمانع : هو القتل العمد العدوان ، أو اختلاف الدين ، فإذا وجد السبب ، وتحققت شروطه ، وانتفت الموانع ترتب عليه أثره وهو الميراث ، وإذا انتفى الشرط ، أو وجد المانع فإن السبب لا يكون سبباً منتجاً أثره .

وترتب المسببات على أسبابها الشرعية ، يكون بحكم الشارع ، ولا دخل في ذلك لرضا المكلف أو عدم رضاه ، فالشارع هو الذي جعل الأسباب مفضيةً إلى مسبباتها ، سواء أرادها المكلف أم لم يردها ، رضي بها أو لم يرض بها ، فالأبن يرث أباه : لأن البنوة سبب الميراث بحكم الشارع ووضعه ، ولو لم يرده المورث أو رده الوارث ، والذي يعقد النكاح على أن لا مهر للزوجة أو لا نفقة لها أو لا توارث بينهما ، كان ما اشترطه لغواً لا قيمة له : لأن الشارع هو الذي حكم بترتب هذه الآثار وغيرها على عقد النكاح ، فيجب المهر للزوجة وتثبت النفقة لها ويجري التوارث بينهما .

وهكذا بقية الأسباب ، تفضي إلى آثارها المقررة لها شرعاً ولو لم يردها المكلف

٥٠ ـ السبب والعلة :

ما جعله الشارع علامةً على الحكم وجوداً وعدماً ، إما أن يكون مؤثراً في الحكم ، بمعنى : أن العقل يدرك وجه المناسبة بينه وبين الحكم ، وإما أن تكون مناسبته للحكم خفيةً لا يدركها العقل ، فإن كان الأول : سمي علة كما يسمى سبباً . وإن كان الثاني : سمي سبباً فقط ، ولم يسم علةً ، وهذا على رأي فريق من الأصوليين .

ومثال الأول : السفر لإباحة الفطر ، والإسكار لتحريم الخمر ، والصغر للولاية على الصغير ، ففي هذه المسائل يدرك العقل وجه المناسبة بين السبب والحكم ، فالسفر : مظنة المشقة فيناسبه الترخيص ، والإسكار : يفسد العقول فيناسبه الحكم بتحريم الخمر ، حفظاً للعقول من الفساد ، والصغر . من شأنه عدم اهتداء الصغير إلى ما ينفعه من التصرفات فيناسبه الحكم بالولاية عليه تحقيقاً

لمصلحته ودفعاً للضرر عنه .

ففي هذه المسائل يعتبر كل من السفر والإسكار والصغر ، سبباً وعلةً للأحكام المربوطة بها .

ومن الثاني ـ أي ما لم تعرف مناسبته للحكم ـ: شهود رمضان لوجوب الصيام ، فإن العقل لا يدرك وجه المناسبة بين السبب : وهو شهود رمضان ـ وبين وجوب الصيام ، وكذلك غروب الشمس سبب لوجوب صلاة المغرب ، ولكن العقل لا يدرك وجه المناسبة بين هذا السبب وبين تشريع الحكم بوجوب صلاة المغرب .

وعلى هذا يسمى كل من شهود رمضان وغروب الشمس : سببا فقط ، ولا يسمى علة ، فكل علة سبب وليس كل سبب علة .

ويرى فريق آخر من الأصوليين قصر اسم العلة على ما عرفت مناسبته للحكم ، وقصر اسم السبب على ما لم تعرف مناسبته للحكم ، فالعلة لا تسمى سبباً ، والسبب لا يسمى علة .

والحق ان الخلاف هين ، فالأولون وهم القائلون بدخول العلة في معنى السبب ، يجمعون بينهما باسم السبب باعتبار أن كلاً منهما علامة للحكم ، ويفرقون بينهما باعتبار المناسبة للحكم ، فيسمون المناسب علةً ، ولا يسمون غير المناسب علة ، وإن بقي الاثنان يحملان اسم السبب .

المطلب الثاني

الشرط

٥١ ـ الشرط في اللغة: العلامة اللازمة .

وفي الاصطلاح : ما يتوقف وجود الشيء على وجوده ، وكان خارجاً عن حقيقته ، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء ، ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء(١) .

والمراد بوجود الشيء : وجوده الشرعي الذي تترتب عليه آثاره الشرعية : كالوضوء للصلاة ، وحضور الشاهدين لعقد النكاح .

فالوضوء شرط لوجود الصلاة الشرعية التي تترتب عليها آثارها من كونها صحيحةً مُجزِئَةً مبرئةً للذمة ، وليس الوضوء جزءً من حقيقة الصلاة ، وقد يوجد الوضوء ولا توجد الصلاة .

وحضور الشاهدين في عقد النكاح شرط لوجوده الشرعي ، بحيث يستتبع أحكامه وتترتب عليه آثاره، ولكن ليس حضور الشاهدين جزءً من حقيقة عقد النكاح وماهيته ، وقد يحضر الشاهدان ولا ينعقد النكاح .

٥٢ ـ الشرط والركن :

يتفق الشرط والركن من جهة أن كلاً منهما يتوقف عليه وجود الشيء وجوداً شرعياً ، ويختلفان في أن الشرط أمر خارج عن حقيقته وماهيته ، أما الركن فهو جزء من حقيقة الشيء وماهيته : كالركوع في الصلاة، فهو ركن فيها إذ هو جزء من حقيقتها ، ولا يتحقق وجودها الشرعي بدونه ، والوضوء شرط لصحة الصلاة إذ لا وجود لها بدونه ، ولكنه أمر خارج عن حقيقتها .

(١) المحلاوي ص ٢٥٦

ومثل الإيجاب والقبول في عقد النكاح ، فكل منهما ركن فيه إذ هو جزء من حقيقته ، وحضور الشاهدين شرطه لصحته ، ولكنه خارج عن حقيقته .

٥٣ ـ الشرط والسبب :

يتفق الشرط والسبب من جهة أن كلاً منهما مرتبط بشيء آخر بحيث لا يوجد هذا الشيء بدونه ، وليس أحدهما بجزء من حقيقته .

ويختلفان في أن وجود السبب يستلزم وجود المسبب إلا لمانع . فالسبب يفضي إلى مسببه بجعل من الشارع ، أما الشرط فلا يلزم من وجوده وجود المشروط فيه .

٥٤ ـ أقسام الشرط :

الشرط من حيث تعلقه بالسبب أو المسبب ينقسم إلى شرط للسبب وشرط للمسبب .

فالأول : هو الذي يكمل السبب ويقوي معنى السببية فيه ويجعل أثره مترتباً عليه ، كالعمد العدوان شرط للقتل الذي هو سبب إيجاب القصاص من القاتل ، والحرز للمال المسروق شرط للسرقة التي هي سبب لوجوب الحد على السارق ، ومرور الحول على نصاب المال شرط للنصاب الذي هو سبب للزكاة ، والشهادة في عقد النكاح شرط لجعل هذا العقد سبباً لترتب الآثار الشرعية عليه .

والشرط للمسبب ، مثل : موت المورث حقيقةً أو حكماً ، وحياة الوارث وقت وفاة الموروث ، فهما شرطان للإرث الذي سببه القرابه أو الزوجية أو العصوبة .

٥٥ ـ وينقسم الشرط باعتبار مصدر اشتراطه إلى : شرط شرعي وشرط جعلي .

فالشرط الشرعي : هو ما كان مصدر اشتراطه الشارع ، أي ان الشارع هو الذي اشترطه لتحقيق الشيء ، ومثاله : بلوغ الصغير سن الرشد لتسليم المال إليه ، ومثله سائر الشروط التي اشترطها الشارع في العقود والتصرفات والعبادات والجنايات .

والشرط الجعلي: هو ما كان مصدر اشتراطه إرادة المكلف، كالشروط التي يشترطها الناس بعضهم على بعض في عقودهم وتصرفاتهم، أو التي يشترطها المكلف في تصرفه الذي يتم بإرادته المنفردة كالوقف، وهذا الشرط على نوعين:

النوع الأول: ما يتوقف عليه وجود العقد، بمعنى: أن المكلف يجعل تحقق العقد معلقاً على تحقق الشرط الذي اشترطه، ولهذا فهو من شروط السبب، مثل: تعليق الكفالة على عجز المدين عن الوفاء، أو تعليق الطلاق على أمر، كأن يقول الزوج لزوجته: إن سرقت فأنت طالق.

ويسمى هذا النوع من الشروط: بالشرط المعلق، والعقد المشتمل: عليه بالعقد المعلق.

وليس كل العقود والتصرفات تقبل التعليق:

فمنها ما لا يصح تعليقه على شرط: وهي عقود التمليكات التي تفيد ملك العين، أو المنفعة بعوض أو بغير عوض، ويلحق بها عقد النكاح والخلع(١).

ومنها ـ أي العقود والتصرفات ـ ما يقبل التعليق على الشرط الملائم، مثل: كفالة الثمن على شرط استحقاق المبيع.

ومن العقود ما يصح تعليقه على أي شرط، حتى ولو كان غير ملائم كالوكالة والوصية.

النوع الثاني: الشرط المقترن بالعقد، مثل: النكاح بشرط أن لا يخرج الزوج زوجته من بلدتها، أو بشرط أن يكون لها حق الطلاق، وكالبيع بشرط أن يقدم المشتري كفيلاً بالثمن، أو بشرط أن يسكن البائع في الدار المبيعة لمدة سنة.

والفقهاء مختلفون فيما يجوز اقترانه من الشروط بالعقود: فمنهم المضيق، ومنهم الموسع، ومنهم المتوسط بين هذا وذاك.

فالمضيقون: يلغون إرادة المكلف، ويجعلون الأصل في العقود والشروط:

---

(١) والذي نراه: أن الشرط التعليقي، أي المعلق: يجوز حتى في عقود التمليكات إذا كانت هناك حاجة إليه أو مصلحة فيه أو ضرورة له. انظر «اعلام الموقعين» لابن القيم ج ٣ ص ٢٨٨. وأيضاً فهناك آثار تدل على ما قلناه. انظر «نيل الأوطار» ج ٦ ص ١٠٠.

التحريم، إلا إذا ورد النص الشرعي بالإباحة، وهؤلاء هم الظاهرية ومن تابعهم.

والموسعون: يطلقون إرادة المكلف، ويجعلون لها سلطاناً كبيراً في باب العقود والشروط، إذ الأصل عندهم: الإباحة في الشروط والعقود، إلا إذا ورد النص بالتحريم، وهؤلاء هم الحنابلة ومن تابعهم، وأوسع الحنابلة في هذا الباب ابن تيمية.

وبسط أدلة الفريقين ومناقشتها ليس هنا محلها، ويكفينا هنا أن نقول متعجلين: إن الراجح هو قول الموسعين لا المضيقين(١).

---

(١) انظر «فتاوى» ابن تيمية ج ٣ ص ٣٣٢ وما بعدها، وكذلك «نظرية العقد» له أيضاً ص ١٤ وما بعدها. والحنفية يقسمون الشروط إلى ثلاثة أنواع: شرط صحيح، وهو ما كان موافقاً لمقتضى العقد، أو مؤكداً له، أو أذن به الشرع، أو جرى به العُرف. وشرط فاسد: وهو ما كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما، ولم يكن من النوع الصحيح. وشرط باطل: وهو ما لم يتحقق فيه لا معنى الصحيح ولا معنى الفاسد: كالذي يبيع داره بشرط أن لا يسكنها أحد. والفاسد يفسد العقد، والباطل لغو، ولكن العقد صحيح.

المطلب الثالث

المانع

٥٦ ـ المانع: هو ما رتب الشارع على وجوده عدم وجود الحكم أو عدم السبب أي بطلانه، وهو نوعان: مانع للحكم، ومانع للسبب[١]:

الأول: مانع الحكم: وهو ما يترتب على وجوده عدم وجود الحكم بالرغم من وجود سببه المستوفي لشروطه.

وإنما كان المانع حائلاً دون وجود الحكم: لأن فيه معنى لا يتفق وحكمة الحكم، أي لا يحقق الغرض المقصود من الحكم: كالأبوة المانعة من القصاص، فالأب لا يقتل قصاصاً إذا قتل ابنه عمداً وعدواناً، وإن كانت الدية تلزمه، لأن حكمة القصاص: الردع والزجر، وما في الأبوة من حنان وعطف وشفقة على الابن يكفي لزجره وردعه، فإيجاب القصاص على الأب لا يحقق حكمة القصاص والغرض منه، وهو الزجر والردع، فالأب لا يقدم على قتل ابنه عمداً وعدواناً إلا في أحوال شاذة لا تستدعي تقرير القصاص منه، بل تستدعي استثناءه[٢]. كما ان الأب سبب حياة الابن، فلا يكون الابن سبب إعدام الأب[٣]

الثاني: مانع السبب: وهو الذي يؤثر في السبب بحيث يبطل عمله، ويحول دون اقتضائه للمسبب، لأن في المانع معنى يعارض حكمة السبب،

---

(١) الآمدي ج ١ ص ١٨٥.

(٢) هذا عند الجمهور وحجتهم الحديث الشريف «لا يقتل والدٌ بولده».

(٣) قد تعارض هذه الحجة بأن سبب إعدام الأب: هو فعله، فيبقى التعليل الذي ذكرناه سلبياً.

ومثاله: الدين المنقص للنصاب في باب الزكاة، فالنصاب سبب لوجوب الزكاة، لأن ملكية النصاب مظنة الغنى، والغني قادر على عون المحتاجين، ولكن الدين يعارض هذا المعنى الملحوظ في سبب الزكاة - وهو الغنى - ويهدمه، لأن ما يقابل الدين من مال مالك النصاب، ليس ملكه على الحقيقة، فلا تكون ملكية النصاب مظنة الغنى، فلا يكون في النصاب المعنى الذي من أجله صار سبباً للزكاة، وبالتالي: لا يكون سبباً مفضياً إلى مسببه، وهو وجوب الزكاة.

ومنه أيضاً: قتل الوارث مورثه، فهو مانع للسبب - كالقرابة ونحوها - من أن يأخذ مجراه، ويفضي إلى مسببه: وهو الإرث، لأن في هذا المانع معنى يهدم الأساس الذي قام عليه الإرث: وهو اعتبار الوارث خليفةً للمورِّث، وما كان بينهما من نصرة وموالاة دائمة، فهذه المعاني لا تتفق بحال مع جناية القتل التي تهدم هذه المعاني.

ومثله أيضاً: اختلاف الدين أو الدار، فكل منهما مانع للسبب[1].

والمانع من حيث هو مانع: لا يدخل في خطاب التكليف، فليس للشارع قصد في تحصيله ولا في عدم تحصيله، وإنما مقصود الشارع: بيان ارتفاع حكم السبب، أو بطلان المسبب إذا وجد المانع. فلا يطالب المكلف بإيفاء الدين الذي عليه إذا كان عنده نصاب الزكاة لتجب عليه الزكاة، كما ان مالك النصاب غير ممنوع من الاستدانة حتى لا تسقط عنه الزكاة.

ولكن لا يجوز للمكلف أن يتقصد إيجاد المانع للتهرب من الأحكام الشرعية، فهذا من باب الحيل، والحيل لا تحل في شرع الإسلام ويأثم صاحبها، كالذي يهب بعض ماله لزوجته تنقيصاً لنصاب الزكاة قبل مرور الحول، ثم يسترده بعد الحول من زوجته هرباً من الزكاة[2].

---

(١) اعتبار قتل الوارث مورثه، واختلاف الدين أو الدار موانع اا بب في الميراث، هو ما ذهب إليه البعض، وذهب آخرون إلى اعتبار هذه الموانع موانع للحكم لا للسبب. ولكن اعتبارها موانع للسبب أولى، وهو ما اخترناه.

(٢) الشاطبي ج ١ ص ٢٨٨ - ٢٨٩.

المطلب الرابع

الصحة والبطلان

٥٧ ـ معنى الصحة والبطلان :

أفعال المكلفين إذا وقعت مستوفية أركانها وشروطها ، حكم الشارع بصحتها . وإذا لم تقع على هذا الوجه ، حكم الشارع بعدم صحتها ، أي ببطلانها .

ومعنى صحتها : أنها تترتب عليها آثارها الشرعية ، فإذا كانت من العبادات برئت ذمة المكلف منها : كالصلاة المستوفية لأركانها وشروطها .

وإذا كانت ـ أي أفعال المكلف الصحيحة ـ من العادات ، أي المعاملات : كعقود البيع ، والإجارة ، والنكاح ، ترتب على كل عقد الآثار المقررة له شرعاً .

ومعنى بطلانها : عدم ترتب آثارها الشرعية عليها ، لأن الآثار الشرعية تترتب على ما استوفى الأركان التي طلبها الشارع ، فإن كانت هذه الأفعال من العبادات لم تبرأ ذمة المكلف منها ، وإن كانت من العقود والتصرفات ، لم يترتب عليها ما يترتب على الصحيحة من آثار شرعية(١) .

٥٨ ـ الصحة والبطلان من أقسام الحكم الوضعي :

ذهب بعض الأصوليين إلى أن وصف الفعل بالصحة والبطلان : من قبيل

---

(١) يلاحظ هنا : أن لفظ الصحة : يطلق أيضاً على الأفعال التي يترتب عليها الثواب في الآخرة ، ولفظ البطلان : يطلق على الأفعال التي يترتب عليها العقاب في الآخرة ، سواء كان الفعل عبادة أو معاملة ـ ومَرَدّ الثواب وعدمه في الآخرة إلى قصد المكلف ونيته ، فإن كان ينوي بعبادته وفعله وتركه امتثال أمر الشارع أثيب على ذلك ، وكذلك في المخير فيه إذا لاحظ تخيير الشارع له ، أثيب على فعله أو تركه : الشاطبي ج ١ ص ٢٩١ ـ ٢٩٩ .

الحكم التكليفي ، محتجين بأن الصحة ترجع إلى إباحة الشارع الانتفاع بالشيء ، والبطلان يرجع إلى حرمة الانتفاع بالشيء ، ففي البيع الصحيح : يباح الانتفاع بالمبيع من قبل المشتري ، وفي البيع الباطل ، يحرم انتفاعه بـه .

وقد رد على هذا القول : بأن البيع بشرط الخيار للبائع ، صحيح بالإجماع ، ولا يباح للمشتري الانتفاع بالمبيع[1] .

وذهب آخرون إلى أن الصحة والبطلان من أحكام الوضع ، لأن الشارع حكم بتعلق الصحة بالفعل المستوفي لأركانه وشروطه ، وحكم بتعلق البطلان بالفعل الذي لم يستوف أركانه وشروطه[2] .

والقول الثاني هو ما نرجحه ، لأنه ليس في الصحة والبطلان فعل ولا ترك ولا تخيير، وإنما فيه وصف الشارع للفعل المستوفي لأركانه وشروطه بالصحة وما يتبع ذلك من ترتب الآثار عليه ، أو وصف الشارع للفعل الذي لم يستوف أركانه وشروطه بالبطلان وما يتبع ذلك من عدم ترتب الآثار عليه ، وهذه المعاني كلها تـدخل في خطاب الوضع إذ هي من معاني السبب ، والسبب من أقسام الحكم الوضعي .

٥٩ ـ البطلان والفساد :

البطلان والفساد بمعنى واحد عند الجمهور ، فكل عبادة أو عقد أو تصرف فقد بعض أركانه أو بعض شروطه : فهو باطل أو فاسد ولا يترتب عليه أثره الشرعي .

فبيع المجنون : باطل ، لخلل في ركنه وهو العاقد ، وبيع المعدوم أو الميتـة : باطل ، لخلل في ركنه وهو المعقود عليه .

وكما يسمى بيع المجنون والميتة : بالبيع الباطل ، يسمى أيضاً : بالفـاسد ، والبيع بثمن غير معلوم أو بثمن آجل غير معلوم ، يسمى أيضاً : بالباطل والفاسد ،

---

(١) الآمدي ج ١ ص ١٨٦ ـ ١٨٧

(٢) «التلويح» ج ٢ ص ١٢٣ .

وإن كان الخلل في بعض شروط البيع ، أي في أوصافه دون أركانه .

أما الحنفية فعندهم تفصيل على النحو الآتى : -

أ - العبادات : إذا فقدت ركناً من أركانها : كالصلاة بلا ركوع ، أو فقدت بعض شروطها كالصلاة بلا وضوء ، فهي في الحالتين تسمى : باطلةً أو فاسدةً ، ولا يترتب عليها أثرها الشرعي ، فالباطل والفاسد عندهم بمعنى واحد في العبادات .

ب - المعاملات : وهي العقود والتصرفات ، إذا فقدت ركناً من أركانها سميت باطلةً ، ولم يترتب عليها أي أثر شرعي ، كما في بيع المجنون أو بيع الميتة أو نكاح المحارم مع العلم بالحرمة . وإذا استوفت أركانها ولكن فقدت بعض شروطها ، أي بعض أوصافها الخارجية ، سميت فاسدة ، وترتب عليها بعض الآثار إذا قام العاقد بتنفيذ العقد ، كما في البيع بثمن غير معلوم ، أو بثمن مؤجل إلى أجل مجهول ، أو المقترن بشرط فاسد ، أو النكاح بغير شهود . ففي البيع يثبت الملك للمشتري في المبيع إذا قبضه بإذن البائع ، وفي النكاح بلا شهود يجب المهر إذا حصل فيه دخول ، وتجب على المرأة العدة عند الفرقة ، ويثبت فيه النسب رعاية لحق الطفل .

وواضح من هذه الأمثلة أن العقد الفاسد لم يترتب عليه بذاته أثر شرعي ، وإنما ترتبت هذه الآثار بناء على تنفيذ العقد ، فكأن التنفيذ محل رعاية الشارع نظراً إلى الشبهة القائمة بسبب العقد الفاسد .

فالباطل عند الحنفية : ما كان الخلل فيه راجعاً إلى أركان العقد ، أي إلى صيغة العقد أو العاقدين أو محل العقد .

والفاسد : ما كان الخلل فيه راجعاً إلى أوصاف العقد لا الى أركانه ، فأركانه سليمة ، ولكن الخلل طرأ على بعض أوصافه كما في مجهولية ثمن المبيع .

ولهذا يقول الحنفية : إن الفاسد ما كان مشروعا بأصله (أي بأركانه) لا

بوصفه ، وإن الباطل ما كان غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه[1] .

٦٠ ـ ومرد الخلاف بين الجمهور والحنفية إلى اختلافهم في مسألتين:

الأولى : هل نهي الشارع عن عقد معناه عدم الاعتداد به في أحكام الدنيا ، مع الإثم في أحكام الآخرة لمن يقدم عليه ، أم انه يعتد به بعض الاعتداد في أحكام الدنيا مع الإثم في الآخرة؟

الثانية : هل النهي عن العقد لخلل في أصله ، كالنهي عن العقد لخلل في أوصافه دون أركانه؟ بمعنى : أن النهي عنه في الحالتين سواء ، ولا يترتب على كل منهما أي أثر؟ أم أن بينهما فرقاً؟

أما الجمهور ، فيقولون عن المسألة الأولى : إن نهي الشارع عن عقد معناه عدم الاعتداد به إذا وقع ، فلا تترتب عليه آثاره الشرعية ، ويلحق صاحبه الإثم في الآخرة .

ويقولون عن المسألة الثانية : إن النهي في الحالتين سواء ، فلا فرق بين النهي عن عقد لأمر يتصل بأصل العقد وأركانه ، وبين النهي عنه لأمر يتصل بأوصافه ، ففي الحالتين لا يعتبر العقد المنهي عنه ولا تترتب عليهآثاره .

اما الحنفية ، فيقولون عن المسألة الأولى : إن النهي يترتب عليه الإثم ، ولكن لا يترتب عليه بطلان العقد دائماً .

ويقولون عن المسألة الثانية : إن النهي إن كان راجعاً إلى أمر يتصل بأركان العقد ، كان معناه بطلان العقد وعدم اعتباره إذا وقع : كبيع الميتة وبيع المجنون ، وإذا كان النهي لأمر يتصل بأوصاف العقد ، كان العقد فاسداً لا باطلاً وترتبت عليه بعض الآثار[2] .

---

(١) «تيسير التحرير» ج ٢ ص ٣٩١ وما بعدها ، الآمدي ج ١ ص ١٨٧ وانظر في هذا «كشاف القناع» ج ٢ ص ٥ وما بعدها ، «الشرح الكبير» للدردير ج ٣ ص ٦٠ «بدائع الصنائع» للكاساني ج ٥ ص ٢٩٩ وما بعدها ، «حاشية البجيرمي» ج ٢ ص ٢٢٢ وما بعدها ، «الكنز» للزيلعي ج ٤ ص ٦٠ - ٦١ مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢١٣ وما بعدها .

(٢) انظر «المستصفى» للغزالي ج ١ ص ٦٠ - ٦١ ، وج ٢ ص ٩ وما بعدها .

الفصل الثاني

الحاكم

٦١ ـ قلنا في تعريف الحكم : إنه خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين طلباً أو تخييراً أو وضعاً .

وهذا التعريف يشير إلى أن مصدر الأحكام في الشريعة الإسلامية هو الله تعالى وحده .

وعلى هذا فالحاكم ، أي الذي يصدر عنه الحكم ، هو الله وحده ، فلا حكم إلا ما حكم به ، ولا شرع إلا ما شرعه ، وعلى هذا دل القرآن وأجمع المسلمون ، ففي القرآن قوله تعالى : ﴿إنِ الْحُكْمُ إلاَّ للهِ﴾ [الانعام : ٥٧ . يوسف ٤٠ ، ٦٧] ﴿ألا لَهُ الْحُكْمُ﴾ [الأنعام : ٦٢] .

وعلى هذا الأساس كان الحكم بغير ما أنزل الله كفراً ، لأنه ليس لغير الله سلطة إصدار الأحكام ، قال تعالى : ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ الله فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ ، وما وظيفة الرسل إلا تبليغ أحكام الله ، وما وظيفة المجتهدين إلا التعرف على هذه الأحكام والكشف عنها بواسطة المناهج والقواعد التي وضعها علم الأصول .

٦٢ ـ وإذا كان الإجماع منعقداً على أن الحاكم هو الله ، إلا أن العلماء اختلفوا في مسألة ، وإن شئنا قلنا في مسألتين ، وهما :

الأولى ـ هل أحكام الله لا تُعرف إلا بواسطة رسله ، أو يمكن للعقل أن يستقل بإدراكها ، وعلى أي أساس يكون ذلك؟

الثانية - وإذا أمكن للعقل أن يدرك حكم الله دون وساطة الرسول، فهل يكون هذا الإدراك مناط التكليف وما يتبعه من ثواب وعقاب في الاجل، ومدح وذم في العاجل؟

اختلف العلماء في هاتين المسألتين، ونحن نجمل أقوالهم فيما يلي، ثم نتبع ذلك ببيان الراجح منها[1].

٦٣ - القول الأول: وهو مذهب المعتزلة، وفريق من الجعفرية.

وخلاصته: إن في الأفعال حسناً ذاتياً، وقبحاً ذاتياً، وان العقل يستقل بإدراك حسن أو قبح معظم الأفعال بالنظر إلى صفات الفعل وما يترتب عليه من نفع أو ضرر، أي مصلحة أو مفسدة.

وان هذا الإدراك لا يتوقف على وساطة الرسل وتبليغهم، فحسن الفعل أو قبحه أمران عقليان، لا شرعيان، أي لا يتوقف إدراك ذلك على الشرع، وان حكم الله يكون وفق ما أدركته أو تدركه عقولنا من حسن الأفعال أو قبحها، فما رآه العقل حسناً فهو عند الله حسن، ومطلوب من الإنسان فعله، ومع الفعل المدح والثواب ومع المخالفة الذم والعقاب، وما رآه العقل قبيحاً فهو قبيح عند الله ومطلوب من الإنسان تركه، ومع الترك المدح والثواب، ومع الفعل الذم والعقاب.

فأحكام الشرع في نظر أصحاب هذا القول: لا تأتي إلا موافقة لما أدركه العقل من حسن الأفعال أو قبحها، فما أدرك العقل حسنه جاء الشرع بطلب فعله ولا يمكن أن يطلب تركه، وما أدرك العقل قبحه جاء الشرع بطلب تركه ولا يمكن أن يطلب فعله، وما لم يدرك العقل حسنه أو قبحه كما في بعض العبادات وكيفياتها فإن أمر الشارع أو نهيه فيها يكشفان عن حسن أو قبح هذا النوع من الأفعال.

---

(١) انظر في هذا البحث: «مرقاة الوصول وحاشية الإزميري» ج ١ ص ٢٧٦ وما بعدها. «مسلم الثبوت وشرحه فواتح الرحموت» ج ١ ص ٢٥ وما بعدها، «المستصفى» للغزالي ج ١ ص ٥٥. «إرشاد الفحول» للشوكاني ص ٦ وما بعدها، «التوضيح وشرحه التلويح» ج ١ ص ١٧٢ وما بعدها، وفي أصول الجعفرية انظر: كتاب «القوانين» لأبي القاسم الجيلاني، وكتاب «الفصول في الاصول» تأليف الشيخ محمد حسين بن محمد رحيم. وكتاب «تقريرات النائيني» ج ٢ ص ٣٤ وما بعدها، و «الأرائك» تأليف الشيخ مهدي ص ١٣٠ وما بعدها.

وبنوا على ذلك :أنّ الإنسان مكلف قبل بعثة الرسل أو قبل بلوغ الدعوة إليه ، إذ عليه أن يفعل ما أدرك العقل حسنه وأن يترك ما أدرك العقل قبحه ، لأن هذا هو حكم الله ، ومع التكليف المسؤولية والحساب وما يتبع ذلك من ثواب وعقاب .

٦٤ ـ القول الثاني: قول الأشعرية أتباع أبي الحسن علي بن إسماعيل الأشعري ومن وافقه من الفقهاء، وهو قول جمهور الأصوليين

وخلاصته: ان العقل لا يستقل بإدراك حكم الله ، بل لا بد من وساطة الرسول وتبليغه ، فليس في الأفعال حسن ذاتي يوجب على الله أن يأمر به ، كما ليس في الأفعال قبح ذاتي يوجب على الله أن ينهى عنه ، فإرادة الله مطلقة لا يقيدها شيء ، فالحسن ما جاء الشارع بطلب فعله ، والقبيح ما جاء الشارع بطلب تركه ، فليس للفعل قبل أمر الشارع ونهيه حسن ولا قبح ، والفعل إنما يصير حسناً لأمر الشارع به لا لذات الفعل ، ويصير قبيحاً لنهي الشارع عنه لا لذات الفعل ، فالأفعال تستمد حسنها وقبحها من أمر الشارع ونهيه لا من حسن أو قبح في ذواتها .

وبنوا على ذلك : أن لا حكم لله في أفعال العباد قبل بعثة الرسل ، فما لم يأت رسول يبلغ أحكام الله للعباد لا يثبت لأفعالهم حكم ، فلا يجب عليهم شيء ولا يحرم عليهم فعل . وحيث لا حكم فلا تكليف ، وحيث لا تكليف فلا حساب ولا مدح ولا ثواب ولا ذم ولا عقاب .

٦٥ ـ القول الثالث: وهو قول أبي منصور محمد بن محمد الماتريدي ، وهو ما ذهب إليه محققوا الحنفية وبعض الأصوليين ، وهو قول فريق من الجعفرية وغيرهم .

وخلاصة هذا القول : ان للأفعال حسناً وقبحاً يستطيع العقل إدراكها في معظم الأفعال بناء على ما في الفعل من صفات ، وما يترتب عليه من مصالح ومفاسد ، ولكن لا يلزم من كون الفعل حسناً حسب إدراك العقل أن يأمر به الشرع ، ولا يلزم من كون الفعل قبيحاً أن ينهى عنه الشرع ، لأن العقول مهما نضجت فهي قاصرة ، ومهما اتسعت فهي ناقصة .

وعلى هذا فكل ما يمكن أن يقال : هو أن ما في الفعل من حسن يدركه العقل

يجعل الفعل صالحاً لأنْ يأمر به الشرع ، وأن ما في الفعل من قبح يدركه العقل يجعل الفعل صالحاً لأنْ ينهى عنه الشرع ، ولا يقال : إن الحسن والقبح موجبان لحكم الله بالأمر والنهي .

وبنوا على ذلك : أن حكم الله لا يدرك بدون وساطة رسول وتبليغه ، ومن ثم : فلا حكم لله في أفعال العباد قبل بعثة الرسل أو قبل بلوغ الدعوة ، وحيث لا حكم فلا تكليف ، وحيث لا تكليف فلا ثواب ولا عقاب .

٦٦ ـ القول المختار :

والقول الثالث هو الراجح المؤيد بالكتاب وبالعقل ، أما الكتاب ففيه آياتٌ كثيرة تدل على أن الله إنما يأمر بما هو حسن وينهى عما هو قبيح ، والحسن والقبح ثابتان للأفعال قبل الأمر والنهي ، ومنها قوله تعالى : ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ﴾ [النحل : ٩٠] ، وقوله تعالى : ﴿يَأْمُرُهُم بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ [الأعراف :١٥٧] ، فما أمر به الشارع من عدل وإحسان ومعروف ، وما نهاهم عنه من فحشاء ومنكر وبغي ، وما أحل لهم من طيبات ، وما حرم عليهم من خبائث ، كل هذه الأوصاف الحسنة أو القبيحة : كانت ثابته للأفعال قبل ورود حكم الشرع فيها ، مما يدل على أن للإفعال حسناً وقبحاً ذاتيين .

والعقل يدرك حسن بعض الأفعال وقبح البعض الآخر بالضرورة : كحسن العدل والصدق ، وقبح الظلم والكذب ، ولكن حكم الله لا يعرف إلا عن طريق الرسول ، فما لم يأت رسول يبلغ الناس حكم الله ، فلا يثبت في أفعال الناس حكم بالإيجاب أو التحريم بدليل قوله تعالى : ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الأسراء : ١٥] فلا عذاب قبل بعثة الرسول أو بلوغ الدعوة ، وحيث لا عذاب فلا تكليف ، وحيث لا تكليف فلا حكم لله في أفعال العباد على وجه طلب الفعل أو التخيير بينهما .

وما أحسن كلمة الإمام الشوكاني ، إذ يقول : «وإنكار مجرد إدراك العقل لكون

الفعل حَسَنًا أو قَبيحاً مكابرة ومباهته . . ، وأما إدراكه لكون ذلـك الفعل الحسن متعلقاً للثواب ، وكون ذلك الفعل القبيح متعلقاً للعقاب فغير مسلمٌ ، وغايـة ما تدركه العقول :أن هذا الفعل الحسن يمـدح فاعله ، وهذا الفعل القبيح يذم فاعله ، ولا تلازم بين هذا وبين كونه متعلقاً للثواب والعقاب»(١) .

٦٧ - ثمرة الخلاف :

ويترتب على الخلاف في مسألة التحسين والتقبيح ما يأتي : -

أولاً : من لم تبلغه دعوة الإسلام أو دعوة الرسل على وجه العموم ، فعند المعتزلة : يؤاخذ بفعله ، ويحاسب على أعماله ، لأن المطلوب منه : فعل ما أدرك العقل حسنه ، وترك ما أدرك العقل قبحه ، وهذا هو حكم الله .

وعند الأشعرية والماتريدية ومن وافقهم : لا حساب ولا ثواب ولا عقاب على من لم تبلغه الدعوة .

ثانياً : بعد ورود شريعة الإسلام ، لا خـلاف بين العلماء في أن حكم الله يـدرك بواسطة ما جاء عن الله في كتابه ، أو ما جاء في سنة نبيه ﷺ ، وكلاهما قام النبي ﷺ بتبليغه .

ولكن إذا لم يكن في المسألة حكم من الشرع ، فإن القائلين بالقول الأول : «التحسين والتقبيح العقليين» ، قالوا : بأن العقل يكون مصدراً للأحكام ، بمعنى : أن المسألة التي لم يرد في الشرع حكم لها ، يكون حكمها الوجوب إذا أدرك العقل حسنها ، ويكون حكمها الحرمة إذا أدرك العقل قبحها ، لأن حكم الله مبناه ما في الأفعال من حسن أو قبح ، فإذا لم يرد في الشرع حكم لمسألة ما فمعنى ذلك : أن الشارع إذن لنا أن نرجع إلى العقل لنستمد منه الحكم بناء على ما في الفعل من حسن أو قبح . وعلى رأي أصحاب القول الثاني والثالث : لا يكون العقل مصدراً للأحكام وإنما يؤخـذ الحكم من مصادر الفقه الثابته وليس العقل منها .

---

(١) الشوكاني ص ٨ .

الفصل الثالث

المحكوم فيه

٦٨ - المحكوم فيه: هو ما تعلق به خطاب الشارع، وهو لا يكون إلا فعلاً إذا كان خطاب الشارع حكماً تكليفياً. أما في الحكم الوضعي: فقد يكون فعلاً للمكلف كما في العقود والجرائم، وقد لا يكون فعلاً له ولكن يرجع إلى فعله: كشهود شهر رمضان الذي جعله الشارع سبباً لوجوب الصيام، والصيام فعل للمكلف. والمحكوم فيه يسمى أيضاً بالمحكوم به، ولكن التسمية الأولى أفضل وأولى(١).

فقوله تعالى: ﴿وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ الإيجاب المستفاد من هذا الحكم تعلق بفعل للمكلف: هو إيتاء الزكاة، فجعله واجباً.

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَى﴾ [الإسراء: ٣٢] التحريم المستفاد من هذا الحكم تعلق بفعل للمكلف: وهو الزنى، فجعله محرماً.

وقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] الندب المستفاد من هذا الحكم تعلق بفعل للمكلف: وهو كتابة الدين، فجعله مندوباً.

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾ [البقرة: ٢٦٧] الكراهة المستفادة من هذا الحكم تعلقت بفعل للمكلف: هو إنفاق الخبيث، فجعلته مكروهاً.

---

(١) «تيسير التحرير» ج ٢ ص ٣٢٨.

وقوله تعالى : ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ﴾ [الجمعة: ١٠]
الإباحة المستفادة من هذا الحكم تعلقت بفعل للمكلف : هو الانتشار في الأر
فجعلته مباحاً .

وقد تكلم الأصوليون عن الأفعال التي تعلق بها التكليف من ناحيتين :

الأولى : من جهة شروط صحة التكليف بها .
والثانية : من ناحية الجهة التي تضاف إليها هذه الأفعال .

ونتلكم فيما يلي عن كل ناحية في مبحث على حدة .

المبحث الأول

شروط صحة التكليف بالفعل

أو

شروط المحكوم فيه

٦٩ ـ يشترط في الفعل حتى يصح التكليف به جملة شروط هي :

أولاً ـ ان يكون معلوماً للمكلف علماً تاماً حتى يتصور قصده إليه وقيامه به كما طلب منه . فلا يصح التكليف بالمجهول ، ولهذا فإن التكليفات التي جاءت في القرآن مجملة : كالصلاة والزكاة ، بينها الرسول ﷺ على وجه ينفي إجمالها بما له من سلطة بيان أحكام القرآن ، قال تعالى : ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل : ٤٤] .

والمراد بالعلم ، علم المكلف فعلاً أو إمكان علمه : بأن يكون قادراً بنفسه أو بالواسطة على معرفة ما كلف به ، بأن يسأل أهل العلم عما كُلف به . والقرينة على إمكان علمه: وجوده في دار الإسلام ، لأن هذه الدار دار علم بالأحكام لشيوعها فيها ، والشيوع قرينة العلم ، ولهذا قال الفقهاء: العلم مفترض فيمن هو في دار الإسلام .

وقاعدة : « لا يصح الدفع بالجهل بالاحكام في دار الاسلام » مبنية على ما ذكرناه ، وهذا خلاف ما هو المقرر بالنسبة إلى دار الحرب (أي دار غير الإسلام) إذ العلم بالأحكام الشرعية غير مفترض بالنسبة لمن فيها ، لعدم شيوع الأحكام الشرعية

فيها ، ولهذا لو أسلم هناك شخص وجهل وجوب الصلاة ، لم يلزمه قضاؤها إذا عرف الوجوب بعد ذلك ، وإذا شرب الخمر جاهلاً بالتحريم لم يعاقب على فعله إذا رجع الى دار الاسلام .

والقاعدة في القوانين الوضعية كالقاعدة في الشريعة الإسلامية ، فالقانون يعتبر معلوماً لدى المكلفين إذا ما نشر بالطرق القانونية ، كما لو نشر في الجريدة الرسمية ولا يشترط العلم به فعلاً .

٧٠ ـ ثانياً: أن يكون الفعل المكلف به مقدوراً[١] ، أي من الأفعال التي يمكن للمكلف فعلها أو تركها ، لأن المقصود من التكليف : الامتثال ، فإذا خرج الفعل عن قدرة المكلف وطاقته ، لم يتصور الامتثال ، فيكون التكليف عبثاً ينزه عنه الشارع الحكيم . ويترتب على هذا الشرط ما يأتي :

١ ـ لا تكليف بالمستحيل ، سواء أكان المستحيل لذاته : كالجمع بين النقيضين ، أم كان مستحيلاً لغيره: وهو ما لم تجر العادة بوقوعه ، وإن كان العقل يجوز ذلك : كالطيران بلا آلة ، فإن سنة الكون ما جرت على وجود مثل هذا الفعل . فالتكليف بالمستحيل ، بنوعيه تكليف بما لا يطاق ، ولهذا لم يأت به الشرع .

٢ ـ لا تكليف بما لا يدخل تحت إرادة الانسان : كتكليفه أن يفعل الغير فعلاً معيناً ، لأن هذا لا يدخل تحت إرادة الإنسان وقدرته ، وكل ما يستطيعه هو أن يأمر بالمعروف أو يأمر الغير بفعل معين .

ومن هذا القبيل أيضاً: التكليف بالأمور الوجدانية والقلبية التي تستولي على النفس ولا يملك الإنسان دفعها ، ولهذا جاء في الحديث الشريف عن النبي ﷺ في قسمه بين أزواجه : «اللهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك» ، يعني في الميل القلبي لبعض أزواجه أكثر من البعض الآخر .

وكذلك الحديث الشريف : «لا تَغْضَبْ» ، ليس المراد منه : النهي عن ذات

---

(١) الآمدي ج ١ ص١٨٧ ، «إرشاد الفحول» للشوكاني ص ٨ .

الغضب إذا تحققت موجباته ، وإنما النهي منصب على الاسترسال في الغضب ، وعلى الاندفاع في قول أو فعل لا يجوزان ، إذ عليه أن يصمت ويسكت حتى تنطفيء جمرة الغضب في نفسه ، كما أن على الإنسان أن يتجنب عما يثير غضبه إذا عرف من نفسه الغضب ، وعدم القدرة على ضبطها ، فكل هذه الأمور باستطاعته أن يفعلها لئلا يقع فيما لا يجوز نتيجة للغضب .

ويلاحظ هنا : ان الميول القلبية ، وإن كانت لا تدخل تحت التكليف كما في حب الشخص لإحدى زوجتيه أكثر من الأخرى ، وكحب الأب بعض أولاده أكثر من الآخرين ، إلا أن عليه ان يعدل بين أولاده ، أو بين زوجتيه ، وأن يعطي كل ذي حق حقه ، ولهذا لا يجوز أن يؤثر الأب بعض أولاده بالعطية نتيجة حبه له دون الآخرين ، لأن في هذا الإيثار إيحاشاً للآخرين ، وإلقاء العداء بين الأخوة ولهذا جاء النهي عنه(١) .

أما الميول القلبية التي هي من الإيمان أو من لوازمه كحب الله ورسوله ، فهذه تكون واجبة على المكلف ، ومطلوباً منه تحصيلها بتحصيل أسبابها ، ولا يعذر في عدم تحصيلها أو في وجود ضدها كبغض الله ورسوله ، لأن في عدم وجودها أو وجود أضدادها دلالة على عدم إيمانه لأن الإيمان لا ينفك عن حب الله ورسوله ، فإذا انفك كان ذلك دليلاً على عدم الإيمان .

٧١ ـ الشاق من الأعمال :

قلنا : إن الفعل يشترط فيه أن يكون مقدوراً عليه ، ولكن هل يشترط فيه أن لا يكون شاقاً؟ الواقع أن أي فعل لا يخلو من مشقة ، فالمشقة من لوازم التكليف ، ولكن إذا كانت مشقة معتادة تطيقها النفس البشرية فلا يلتفت إليها ولا تكون حائلاً دون التكليف . أما المشقة غير الاعتيادية التي لا تطيقها النفس إلا بكلفة زائدة وضيق وعنت شديد ، فإن الحكم يختلف كما يلي :

---

(١) في الحديث الصحيح : « أن النعمان بن بشير أعطى أحد أولاده عطيةً وأخبر النبي بذلك ، فقال له النبي ﷺ : أفعلت هذا بولدك كلهم؟ قال : لا قال : اتقوا الله واعدلوا في أولادكم » « رياض الصالحين » ص ٢٦٦ ـ ٢٦٧ .

أولاً ـ مشقة غير عادية تطرأ على الفعل بسبب ظروف خاصة بالمكلف، مثل: الصيام في حالة السفر والمرض، ومثل: الإكراه على كلمة الكفر، ومثل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذا ترتب على القائم به هلاك نفسه. ففي هذه الأحوال دفع الشارع الحكيم هذه المشقات بالرخص التي شرعها فأباح للمكلف ترك الأفعال الواجبة، وإتيان الأفعال المحظورة دفعاً للمشقات، ورفعاً للحرج.

ولكن الشارع مع هذا جعل تحمل بعض المشقات غير الاعتيادية في بعض الأحوال من قبيل المندوب، كما في المكره على الكفر، فله أن يقول كلمة الكفر رخصةً، والمندوب: صبره على الأذى وامتناعه عن قالة الكفر، ولو أدى ذلك إلى هلاكه. وكالقائم بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، له أن يسكت ولا يواجه الحكام الظلمة بأمر ولا نهي خوفاً من بطشهم رخصةً، والمندوب إليه: قيامه بفريضة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولو أدى إلى هلاكه، لأن الصبر في هذا الموقف أو ذاك يعز الدين ويقوي أهله، ويضعف أهل الظلم والباطل.

ثانياً ـ مشقة غير عادية ولكن لا بد من تحملها لضرورة القيام بالفروض الكفائية: كالجهاد، فهو فرض على الكفاية، وإن كان فيه قتل النفس وإزهاق الروح وإتعاب الجسد وتحمل النصب والتعب، ونحو ذلك من المشاق غير الاعتيادية، لأن الجهاد لا بد منه لحماية البلاد من الأعداء، وهذا الضرب من التكليف ـ في الحقيقة ـ يكون في الفروض الكفائية، كما مثلنا، لا في الفروض العينية. ومثل الجهاد: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فهو ضرب من ضروب الجهاد يجب أن يكون في الأمة، لأنه فرض كفائي، ولو نتجت عنه مشقات عظيمة غير عادية، فالأمر بالمعروف المترتب عليه أذى القائم به، يكون مندوباً إليه بالنسبة للجزء، أي بالنسبة لفرد معين، ويكون واجباً بالكل، أي بالنسبة إلى مجموع الأمة وإن ترتب عليه أذى بالغ، لأنه فرض كفائي يجب أن يوجد في الأمة.

ثالثاً ـ مشقة غير عادية لا تتأتى من ذات الفعل وطبيعته، وإنما بسبب المكلف نفسه بالتزامه الأفعال الشاقة التي لم يأت بها الشرع.

وهذا النوع من الأفعال لا يجوز، فقد روي: أن النبي ﷺ رأى رجلاً قائماً في الشمس، فسأل عنه، فقالوا: يا رسول الله إنه نذر أن يقوم في الشمس ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم، فقال النبي ﷺ: مروه فليتكلم وليقعد وليتم صومه(١).

وعندما أخذ بعض الصحابة نفسه بقيام الليل، وبعضهم بصيام الدهر وعدم الفطر، وبعضهم باعتزال النساء وترك الزواج، قال النبي ﷺ لهؤلاء: أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له، لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني(٢).

والحكمة في هذا كله: أن تعذيب الجسد وتحميله المشاق بلا غرض مشروع ولا مصلحة يعد من العبث، فليس للشارع مصلحة في إيذاء الجسد، بل المصلحة في حفظه والعناية به، حتى يستطيع المكلف القيام بصالح الأعمال، ولكن إذا وجد ما يدعو إلى تحمل المشاق من تحقيق مصلحة أو غرض نبيل أو مقصد مشروع أبيح أو ندب للمكلف أو وجب عليه تحمل الافعال الشاقة.

وعلى هذا الأساس يجب أن تفهم ما روي من سيرة أسلافنا الصالحين، وأخذهم نفوسهم بالشدة وضنك العيش، والخشن من اللباس والطعام، فعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعمر بن عبدالعزيز وأمثالهم، كانوا يأخذون نفوسهم بالشدة والخشونة لأنهم ولاة أمور، وفي مقام القدوة للأمة، فحسن منهم مثل هذه التصرفات وحمدوا من أجل غايتهم منها.

وكذلك يمدح الإيثار على النفس وإن أدى إلى تحمل الشدة والضيق في

---

(١) رواه البخاري، انظر «رياض الصالحين» للنووي ص ٩٢.

(٢) «رياض الصالحين» ص ٨٦.

العيش ، لما في الإيثار من عون المحتاجين وتقديمهم على النفس . وكذلك يحمد الشخص على الابتعاد عن أبواب الظلمة وعدم معاونتهم ، ولو أدى به ذلك إلى الضيق في الرزق والخشونة في العيش .

فالمشاق وخشونة العيش في مثل هذه الأحوال محمودة لا لذات المشقة ، ولكن لأنها جاءت من أجل غرض مشروع وقصد نبيل ، أما في غير هذه الحالات فلا مدح ولا ثناء للمعرضين أنفسهم إلى الشدة والضيق .

المبحث الثاني

المحكوم فيه من ناحية الجهة التي يضاف إليها

٧٢ ـ أفعال المكلفين التي تعلقت بها الأحكام الشرعية : إما أن يكون المقصود بها مصلحة عامة أو خاصة ، فإن كان المقصود بها مصلحة المجتمع عامة فالفعل هو حق الله تعالى ، وإن كان المقصود بها مصلحة خاصة فالفعل هو حق العبد . وقد يجتمع في الفعل حق الله وحق العبد ، ويكون حق الله هو الغالب أو حق العبد هو الغالب . ونتكلم فيما يلي عن كل نوع من هذه الأنواع على حدة .

٧٣ ـ حق الله :

حق الله : هو حق المجتمع ، ولهذا يعرفونه- بأنه ما تعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد ، ولهذا نسب إلى رب الناس جميعاً لعظم خطره وشمول نفعه(١) . وهذا الحق لا يجوز إسقاطه ولا يحق لأحد التنازل عنه أو الخروج عليه ، فهو كالنظام العام عند القانونيين .

وقد وجد بالاستقراء : أن حقوق الله الخالصة هي ما يأتي(٢) :

أولاً : العبادات المحضة : كالإيمان والصلاة والزكاة والصيام والحج والجهاد ، ونحوها ، فالإيمان وما بني عليه ، يقصد به : تحصيل ما هو ضروري وهو

(١) «التلويح على التوضيح» ج ٢ ص ١٥١ .

(٢) «تيسير التحرير» ج ٢ ص ٣١٦ وما بعدها .

الدين ، والدين ضروري لقيام المجتمع ونظامه ، والعبادات كلها شرعت لمصالح تعود بالنفع العميم على المجتمع .

ثانياً : العبادات التي فيها معنى المؤونة ، مثل : صدقة الفطر ، فهي عبادة لأنها تقرب إلى الله بالتصدق على الفقير، وكونها فيها معنى المؤونة لأنها وجبت على المكلف بسبب غيره ، كما وجبت مؤنته خلافاً للعبادات المحضة فهي لا تجب على المكلف بسبب الغير.

ثالثاً : الضرائب على الأرض العشرية ، وهذه سماها الأصوليون : مؤونة فيها معنى العبادة ، أما أنها مؤونة : فلأنها ضريبة الأرض، وبهذه الضريبة تبقى الأرض بيد أصحابها غير معتدى عليها . وأما أن فيها معنى العبادة: فلأن العشر المأخوذ هو زكاة الزرع الخارج من الأرض، ويصرف في مصارف الزكاة ، وهذه من المصالح العامة .

رابعاً : الخراج : أي الضرائب على الأرض الخراجية : وهي الأرض التي تترك بيد أصحابها غير المسلمين بعد فتح المسلمين لها واستيلائهم عليها، فتفرض عليها ضريبة معينة ، كما حدث في أرض العراق والشام؛ إذ تركها عمر بن الخطاب بيد أهلها وضرب عليها الخراج بعد مشاورة الصحابة وموافقتهم . ويصرف هذا الوارد في المصالح العامة للدولة الإسلامية .

خامساً : عقوبات كاملة ليس فيها معنى آخر غير العقوبة ، وهي الحدود : أي العقوبات المقدرة التي شرعت للمصلحة العامة ، واعتبرت لذلك من حق الله ، مثل : حد الزنى ، وحد الشرب ، وحد السرقة ، وحد قطاع الطريق . فهذه العقوبات شرعت لمصلحة المجتمع ، فلا يملك أحد إسقاطها ، ولهذا لما سرقت إمرأة من بني مخزوم ، وأراد أسامه بن زيد أن يستشفع لها عند الرسول ﷺ ، غضب النبي ﷺ وخطب في الناس ، ومما قاله : «إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت

لقطعت يدها»(١) .

سادساً : عقوبات قاصرة : وهي حرمان القاتل من الإرث ، وإنما كانت قاصرةً لأنه ليس فيها إيذاء بدني ، أو تقييد لحرية الجاني ، وإنما فيها عدم ثبوت ملك جديد له فهي عقوبة سلبية .

سابعاً : عقوبات فيها معنى العبادة ، وهي الكفارات ، مثل : كفارة الحنث في اليمين ، وكفارة الإفطار عمداً في رمضان ، وكفارة القتل الخطأ . فهذه عقوبات لأنها جزاء على معصية ، وفيها معنى العبادة لأنها تؤدى بما هو عبادة من صوم أو صدقة أو تحرير رقبة .

ثامناً : حق قائم بنفسه ، أي لم يتعلق بذمة مكلف ليؤديه طاعةً لله ، وإنما وجب هذا الحق بذاته وابتداء لله تعالى ، وهو خمس الغنائم ، وما يستخرج من معادن وكنوز الأرض .

٧٤ ـ حق العبد :

وأما الحق الخالص للعبد : فهو ما كان المقصود به مصلحةً خاصةً للفرد ، ومثاله سائر الحقوق المالية للأفراد : كضمان المتلفات ، واستيفاء الديون والدية ، ونحو ذلك ، وهذا النوع من الحق يكون الخيار في استيفائه إلى المكلف نفسه ، فإن شاء أسقطه وإن شاء استوفاه ، لأن للإنسان أن يتصرف في خالص حقه بما يشاء .

٧٥ ـ ما اجتمع فيه الحقان ، وحق الله فيه غالب :

ومثاله : حد القذف(٢) . فالقذف جريمة تمس الأعراض ، وتشيع الفاحشة في المجتمع ، وفي ترتيب العقوبة على هذه الجريمة مصلحة عامة لما فيها من ردع المجرمين وصيانة الأعراض وإخلاء المجتمع من الفساد ، فكانت هذه العقوبة من حق الله بهذا

---

(١) «تيسر الوصول إلى جامع الأصول من حديث الرسول» ج ٢ ص ١٤
(٢) القذف : ورمي المرأة أو الرجل بالزنى ، كأن يقول للمرأة : يا زانية

المعنى .

ومن جهة أخرى : فإن في هذه العقوبة مصلحة خاصة للمقذوف ، إذ فيها إظهار لشرفه وعفته ودفع العار عنه ، فكان في هذه العقوبة حق للعبد من هذه الجهة ، إلا أن حق الله هو الغالب ، ولهذا لا يجوز للمقذوف إسقاط الحد (أي العقوبة) عن القاذف ، لأن حق الله لا يسقط بإسقاط العبد ، وإن كان غير متمحض له ، كما في العدة : لا تسقط بإسقاط الزوج إياها ، وإن كان فيها حقه لما فيها من حق الله (١) .

٧٦ ـ ما اجتمع فيه الحقان ، وحق العبد فيه غالب :

ومثاله : القصاص من القاتل العمد ، فإن فيه تأمين حياة الناس وحفظ الأمن وإشاعة الطمأنينة ، وهذا كله من المصلحة العامة فيكون بهذا الاعتبار حقاً لله تعالى .

ومن جهة أخرى : يحقق القصاص مصلحة خاصة للفرد : هي شفاء صدور أولياء القتيل وإزالة غضبهم وحقدهم على القاتل ، فيكون بهذا الاعتبار حقاً للعبد . ولما كان مساس الجريمة بالمجني عليه وبأوليائه أقوى وأظهر من مساسها بالمجتمع ، جعل حق العبد هو الغالب في القصاص ، ومن ثم كان لولي القتيل أن يعفو عن القاتل أو يكتفي بأخذ العوض منه (الدية) ، وحتى إذا حكم على القاتل بالقصاص منه ، فلولي القتيل أن يعفو عنه فيوقف تنفيذ العقوبة .

ولما كان في القصاص حق لله ، فإن القاتل إذا نجا من الموت لعفو ولي القتيل ، فإن الدولة لها أن توقع عليه عقوبة تعزيرية(٢) .

ومسلك الشريعة في جريمة القتـل يختلف عن مسلك القوانـين الوضعيـة ،

(١) وذهب آخرون إلى أن الغالب في القذف حق العبد ، وما ذكرناه في الصلب هو ما اخترناه .

(٢) من العقوبات التعزيرية ما نص عليه المالكية : من أن القاتل إذا عفا عنه وليُّ القتيل ، فإن الإمام يضربه مئة جلدة ، ويحبسه سنة ، «تبصرة الحكام» لابن فرحون المالكي ج ٢ ص ٢٥٩ .

فالأخيرة : جعلت القصاص من القاتل حقاً خالصاً للمجتمع ، ورتبت على ذلك : أن رفع الدعوى من اختصاص النيابة العامة ، وليس لولي القتيل أن يعفو عن الجاني ، بل العفو موكول لولي الأمر .

كما أن مسلك الشريعة في جريمة الزنى يختلف عن مسلك القوانين الوضعية ، فالزنى في هذه القوانين الأخيرة : ليست جريمةً ، إلا إذا كانت بإكراه ، أو كانت المزني بها قاصرةً ، أو كان الجاني من أصول المجني عليه . فالزنى بذاته لا يعتبر جريمة إلا لاقترانه بأمر آخر . كما أن زنى الزوجة يعتبر في هذه القوانين جريمة ، لمساسه بحق الزوج ، فكان العقاب فيه من الحق الخاص ، أي من حق الزوج ، ولهذا لا ترفع الدعوى إلا من زوجها ، وله أن يوقف إجراءاتها ، وإذا حكم عليها فله أن يوقف تنفيذ الحكم(1) .

أما الشريعة الإسلامية فإنها تسلك مسلكاً آخر . إذ أنها تجعل عقوبة الزنى حقاً خالصاً لله ، أي حقاً للمجتمع ،وليس فيها حق خاص ، ومن ثم لا يسقط حق الزنى بإسقاط أحد ، كما أن رفع الدعوى يتم من قبل النيابة العمومية ، بل ولكل فرد أن يقيم الدعوى في هذه الجريمة ، لأنها من دعاوي الحسبة .

---

(1) انظر المواد ٢٣٢ ـ ٢٣٦ ، ٢٤٠ من قانون العقوبات البغدادي القديم ، وقد سلك نفس المسلك قانون العقوبات العراقي الجديد رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .

الفصل الرابع

المحكوم عليه

٧٧ - المحكوم عليه: هو الشخص الذي تعلق خطاب الشارع بفعله، ويسميه علماء الأصول: بالمكلف(١).

٧٨ - شروط صحة التكليف:

يشترط في الإنسان حتى يصح تكليفه شرعاً: أن يكون قادراً - بنفسه أو بالواسطة - على فهم خطاب التكليف الموجه إليه، ويتصور معناه بالقدر الذي يتوقف عليه بالامتثال، لأن الغرض من التكليف الطاعة والامتثال، ومن لا قدرة له على الفهم لا يمكنه الامتثال.

والقدرة على الفهم إنما تكون بالعقل، وبكون خطاب الشارع مما يمكن فهمه ومعرفة المراد منه. ولما كان العقل أمراً باطناً لا يدرك بالحس، وغير منضبط، ومتفاوتاً في أفراد الناس، فقد أقام الشارع البلوغ، الذي هو أمر ظاهر منضبط، مقام العقل لأنه مظنته، وجعل مناط التكليف بلوغ الإنسان عاقلاً، وحط عنه التكليف قبله تخفيفاً عنه.

ودليل ذلك، قوله عليه الصلاة والسلام: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وفي رواية «حتى يعقل»(٢). فإذا بلغ الإنسان الحلم، وكانت أقواله وأفعاله جارية على حسب المألوف

---

(١) «تيسير التحرير» ج ٢ ص ٣٩٥

(٢) الآمدي ج ١ ص ٢١٦، «إرشاد الفحول» للشوكاني ص ١١

المعتاد بين الناس، مما يستدل به على سلامة عقله، حكم بتكليفه لتحقق شرط التكليف: وهو البلوغ عاقلاً. فالمكلف إذن هو البالغ العاقل[1] دون غيره من صبي عاقل أو بالغ غير عاقل.

وعلى هذا لا يكلف المجنون ولا الصغير مميزاً كان أو غير مميز. أما ما ذهب إليه جمهور الفقهاء: من لزوم الزكاة في مال المجنون والصغير، وما ذهب إليه جميع الفقهاء:من وجوب نفقة القريب والزوجة وضمان المتلفات عليهما، فليس ذلك تكليفاً للصغير والمجنون، وإنما هو تكليف لوليهما بأداء هذه الحقوق من مالهما[2]، وإنما وجبت هذه الحقوق عليهما لأنهما يملكان أهلية وجوب، كما سيأتي بيان ذلك فيما بعد.

٧٩ - اعتراض على شرط التكليف:

قلنا: إن شرط التكليف: هو القدرة على فهم خطاب الشارع وكون هذا الخطاب مما يمكن فهمه. وقد يعترض على هذا الشرط بما يأتي: -

الاعتراض الأول: ان تكليف من لا يفهم الخطاب قد ورد في الشريعة الإسلامية، فقد قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣]، فهذه الآية الكريمة تعني: إذا سكرتم فلا تقربوا الصلاة، فالسكارى في حال سكرهم مكلفون بالكف عن الصلاة، وهم لا يفهمون الخطاب إذ ذاك، فكيف يقال: إن شرط التكليف القدرة على الفهم؟

والجواب: إن الخطاب في هذه الآية ليس موجهاً إلى السكارى حال سكرهم، وإنما هو موجه إلى المسلمين حال صحوهم بأن لا يشربوا الخمر إذا قرب وقت الصلاة، حتى لا تقع صلاتهم في حال سكرهم، وحتى يمكنهم أداء الصلاة كما ينبغي[3].

---

(١) ويعرف البلوغ بظهور أمارته وعلاماته، فإن لم توجد، فالبلوغ يكون بالسن المقدرة لذلك، وهي: خمس عشرة سنة للغلام والفتاة. وعلى هذا الرأي أكثر الفقهاء.

(٢) الآمدي ج ١ ص٢١٧، «المستصفى» للغزالي ج ١ ص ٥٤

(٣) «تيسير التحرير» ج ٢ ص ٤٠١ - ٤٠٣، «فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت» ج ١ ص ١٤٥ - ١٤٦، «إرشاد الفحول» ص ١٠.

ومن الجدير بالذكر: أن هذه الآية نزلت قبل تحريم الخمر بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمنوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠].

الاعتراض الثاني: ان الشريعة الإسلامية عامة لجميع البشر، بدليل قوله تعالى: ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي رَسُولُ اللهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعاً﴾ [الأعراف: ١٥٨]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِلنَّاسِ بَشِيراً وَنَذِيراً﴾ [سبأ: ٢٨]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «كان النبي يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلى الناس عامة»، وفي الناس غير العربي الذي لا يفهم اللغة العربية، لغة القرآن، وبالتالي لا يفهم خطاب الشارع، فكيف يوجه الخطاب باللسان العربي إلى من لا يفهمه ويكون مكلفاً؟ وهل هذا إلا مصادمة لشرط التكليف وهو القدرة على فهم الخطاب؟

والجواب: إن القدرة على فهم الخطاب شرط لا بد منه لصحة التكليف، فالذين لا يفهمون اللسان العربي لا يمكن تكليفهم شرعاً، إلا إذا كانوا قادرين على فهم خطاب الشارع، وذلك إما بتعلمهم لغة القرآن، أو بترجمة النصوص الشرعية أو معناها إلى لغتهم، أو بتعلم أقوام من المسلمين لغات الأمم غير العربية، وقيامهم بنشر تعاليم الإسلام وأحكامه بينهم بلغتهم.

والطريق الأخير هو الطريق الأمثل، فمن الواجب الكفائي على المسلمين: أن يتعلم فريق منهم لغات الأمم غير العربية، ونشرْ الدعوة الإسلامية بينهم، وتبليغهم أحكام الإسلام بلغتهم التي يتكلمون بها. فإذا قصر المسلمون بهذا الواجب، أثم الجميع، كما هو الحكم في الفروض الكفائية. ومما يدل على أن هذا الأمر واجب على المسلمين ما يأتي:

أ ـ قوله تعالى: ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ فهذه الآية تتضمن الأمر بتبليغ أحكام الإسلام من قبل طائفة من المسلمين. ولا يكون التبليغ مجديا إلا إذا كان على وجه مفهوم لدى المخاطبين، بأن يكون بلغتهم التي يعرفونها.

ب ـ ثبت أن الرسول عليه الصلاة والسلام كتب كتباً إلى كسرى وقيصر والنجاشي والمقوقس وغيرهم ، يدعوهم فيها إلى الإسلام ، وقد أرسل بهذه الكتب أناساً يعرفون لغة من أرسلت إليهم .

جـ ـ وفي خطبة حجة الوداع ، قال عليه الصلاة والسلام : «ألا هل بلغت؟ اللهم فاشهد ، فليبلغ الشاهد منكم الغائب ، فرب مبلغ أوعى من سامع» . والشاهد يشمل كل من اهتدى إلى الإسلام وعرف مبادءه وأحكامه ، والغائب يشمل كل من لم يعرف اللغة العربية ، وكل من عرفها ولم تبلغه دعوة الإسلام .

وعلى هذا : إذا بقي من يجهل اللسان العربي على جهله بلغة القرآن ، ولم تترجم له نصوص الشريعة بلغته ، ولم يقم المسلمون بتعريفه بدلائل التكليف باللغة التي يعرفها ، فإنه غير مكلف شرعاً ، لأن الله تعالى يقول : ﴿لَا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] .

الاعتراض الثالث : في القرآن الكريم ما لا يمكن فهمه ، وهو الحروف المقطعة في أوائل بعض السور ، فكيف يقال : ليس في القرآن والسنة ما لا يمكن فهمه؟

والجواب : إن هذه الحروف ليست من خطابات التكليف ، ومن ثم فلا يتوقف أمر التكليف عليها ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى : فإن لهذه الحروف معنىً واضحاً ، هو ما يدل عليه كل حرف على حدة ، وذكرها في أوائل السور لإقامة الحجة على المخالفين بإعجاز القرآن المتكون من هذه الحروف .

الفصل الخامس
الأهلية وعوارضها

٨٠ ـ تمهيد :

ذكرنا فيما سبق : أن الشرط في صحة التكليف ، كون المكلف أهلاً لما يكلف به ، وأهلية التكليف هـذه تثبت للإنسـان ببلوغه عـاقلاً ، إلا أن علماء الأصـول يتكلمون عن الأهلية وعوارضها بصـورة عامـة ، ونحن نجاريهم في هـذا المجرى فنتكلم عن الأهلية أولاً ، ثم عن عوارضها ثانياً .

وذلك في مبحثين متتاليين : الأول : للأهلية ، والثاني : لعوارضها .

المبحث الأول

الأهلية

٨١ ـ تعريف الأهلية :

الأهلية معناها في اللغة : الصلاحية ، يقال : فلان أهل لعمل كذا ، إذا كان صالحاً للقيام به .

وفي اصطلاح الأصوليين ، تنقسم الأهلية إلى قسمين :

١ ـ أهلية وجوب .

٢ ـ أهلية أداء .

٨٢ ـ أهلية الوجوب :

هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه(١) . أي صلاحيته لأن تثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات ، وتكون هذه الأهلية بالذمة ، أي تثبت هذه الأهلية للإنسان بناء على ثبوت الذمة له .

والذمة في اللغة : العهد ، قال تعالى : ﴿لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إلا وَلَا ذِمَّةً﴾ [التوبة : ١٠] ، وسمي غير المسلمين الذين يقيمون في دار الإسلام على وجه الدوام بناء على عهد بيننا وبينهم : بأهل الذمة ، أي أهل العهد . وهي ـ أي الذمة ـ في الاصطلاح : وصف شرعي يصير الإنسان أهلاً لما له وعليه(٢) . وهي بهذا المعنى

---

(١) «شرح المنار لابن ملك وحاشية الرهاوي» ص ٩٣٦

(٢) «التوضيح» ج ٢ ص ١٦١

الاصطلاحي تثبت لكل إنسان، إذ ما من مولود يولد إلا وله ذمة، وبالتالي يكون أهلاً للوجوب له وعليه(١).

وعلى هذا يمكن القول: إن أساس ثبوت أهلية الوجوب للإنسان هو «الحياة»، إذ بالحياة تكون للإنسان «ذمة»، وعليها تنبني أهلية الوجوب، ولهذا تثبت هذه الأهلية للجنين ـ وإن كانت ناقصةً ـ لوجود الحياة فيه. ولما كانت حياة الإنسان هي أساس ثبوت أهلية الوجوب، فهي تلازمه مدى الحياة ولا تفارقه حتى الموت(٢).

وأهلية الوجوب بالمعنى الذي ذكرناه في اصطلاح الأصوليين، تعرف عند رجال القانون: «بالشخصية القانونية»، وهي ثابته عندهم لكل إنسان، ويعرفونها: بأنها صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه واجبات(٣). وتعريفهم هذا يماثل تعريف الأصوليين لأهلية الوجوب.

٨٣ ـ أهلية الأداء:

هي صلاحية الإنسان لأن يطالب بالأداء، ولأن تعتبر أقواله وأفعاله وتترتب عليها آثارها الشرعية، بحيث إذا صدر منه تصرف كان معتدا به شرعاً، وإذا أدى عبادة كان أداؤه معتبراً ومسقطاً للواجب، وإذا جنى على غيره أخذ بجنايته مؤاخذةً كاملةً، وعوقب عليها بدنياً ومالياً(٤)، وأساس هذه الأهلية: هو التمييز لا الحياة.

٨٤ ـ الأهلية الكاملة والناقصة:

كل من أهلية الوجوب والأداء قد تكون ناقصةً، وقد تكون كاملةً، نظراً

---

(١) «أصول البزودي» ج ٢ ص ١٣٥٧. وشرح ص ٩٣٨

(٢) ذهب بعض الفقهاء إلى أن ذمة الإنسان تبقى بعد الموت على نحو ما، كما سنذكر فيما بعد.

(٣) «المدخل للقانون الخاص» لأستاذنا الدكتور البدراوي ص ٥٨.

(٤) «شرح مرقاة الوصول» ج ٢ ص ٤٣٤، و«أصول الفقه» للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ١٥٠.

للأدوار التي يمر بها الإنسان في حياته من مبدأ تكوينه إلى تمام عقله ثم موته . وهذه الأدوار هي :

أولاً : دور الجنين .
ثانياً : دور الانفصال إلى التمييز.
ثالثاً : دور التمييز إلى البلوغ.
رابعاً : دور ما بعد البلوغ.

ونتكلم فيما يلي عن نوع الأهلية التي تثبت للإنسان في كل دور من هذه الأدوار.

٨٥ ـ الدور الأول: دور الجنين :

الجنين في بطن أمه قد ننظر إليه كجزء من أمه يقر بقرارها ، وينتقل بانتقالها ، فنحكم بعدم ثبوت الذمة له ، وبالتالي تنتفي عنه أهلية الوجوب .

وقد ننظر إلى الجنين من جهة كونه نفساً مستقلةً ، ومنفرداً عن أمه بالحياة ، ومتهيئاً للانفصال عنها وصيرورته إنساناً قائماً بذاته ، فنحكم بوجود الذمة له ، وبالتالي تثبت له أهلية الوجوب .

وقد لوحظت هاتان الجهتان فلم تثبت له ذمة كاملة ، كما لم تنف عنه الذمة مطلقاً ، وإنما أثبتت له ذمة ناقصة صالحة لاكتساب بعض الحقوق فقط ، وبذلك كانت للجنين أهلية وجوب ناقصة ، بها صار صالحاً للوجوب له لا عليه ، فتثبت له الحقوق التي لا يحتاج في ثبوتها إلى قبول كالميراث والوصية والاستحقاق في الوقف . أما الحقوق التي تحتاج إلى قبول: كالهبة ، فلا تثبت له ، وإن كانت نفعاً محضاً له ، لأنه ليس له عبارة وليس له ولي أو وصي يقوم مقامه في القبول[1] ، ولا يجب عليه أي

(١) الذي عليه جمهور الفقهاء : أن الجنين ليس له ولي ولا وصي ، وإنما يجوز أن يُعين له أمين يحفظ أمواله .
والمعمول به حاليًا في مصر : أن للجنين وصيّاً ، له من الحقوق ما للأوصياء على الصغار . فقد جاء في قانون =

حق لنقصان أهليته كما قلنا. ويجب أن يلاحظ هنا: أن أهلية الوجوب الناقصة للجنين إنما تثبت له بشرط أن يولد حياً.

أما أهلية الأداء، فلا وجود لها بالنسبة للجنين، إذ لا يتصور صدور أي تصرف منه لعجزه الكامل، كما أن هذه الأهلية مبناها التمييز بالعقل، ولا تمييز مطلقاً عند الجنين.

٨٦ ـ الدور الثاني: دور الانفصال إلى التمييز (١):

الجنين متى انفصل حياً ثبتت له ذمة كاملة فتثبت له أهلية وجوب كاملة، فتجب الحقوق له وعليه. وكان ينبغي أن تجب عليه الحقوق بجملتها كما تجب على البالغ لكمال الذمة وثبوت الأهلية بها، إلا أنه لما كان نفس وجوب الحق على الإنسان ليس مقصوداً لذات الوجوب، بل المقصود من الوجوب حكمه: وهو الأداء، فكل حق يمكن أداؤه عن الصبي يجب عليه، وما لا يمكن أداؤه عنه لا يجب عليه، على التفصيل الآتي:

أولاً: حقوق العباد: ما كان منها حقوقاً مالية كضمان المتلفات، أو أجرة الأجير، أو نفقة الزوجة والأقارب، ونحو ذلك، فإن هذه الحقوق تجب على الصبي، لأن المقصود منها هو المال، وأداؤه يحتمل النيابة، فيؤديه الولي نيابةً عن الصبي، وما كان من حقوق العباد عقوبة كالقصاص، لا يجب على الصبي، لأنه لا يصلح لحكمه: وهو المؤاخذه بالعقوبة، لأن فعل الصبي لا يوصف بالتقصير فلا يصلح سبباً للعقوبة لقصور معنى الجناية في فعله، كما

= الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ما يأتي:

المادة ٢٨ ـ يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن.

المادة ٢٩ ـ إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصي مختار، تعين المحكمة وصياً. . .

(١) سن التمييز مقدرة عند العلماء ببلوغ الصغير السن السابعة وهذا لأجل ضَبْط الأحكام، ولم يكن الفقهاء المتقدمون يقدرون للتمييز سناً معينة وإنما فعله المتأخرون منهم، وربما كان أساسه ما جاء في الحديث بشأن أمر الصغار بالصلاة: مروهم لسبع واضربوهم لعشر. . وقد جعل القانون المدني العراقي وكذا المصري سن التمييز: بلوغ السابعة.

أن هذا الحق لا يحتمل أداؤه النيابة، فلا تجوز معاقبة الولي نيابةً عن الوصي. وهذا بخلاف الدية، فإنها تجب لعصمة المحل، والصبا لا ينفي عصمة المحل، والمقصود من وجوبها: المال، وأداؤه قابل للنيابة.

ثانياً: حقوق الله تعالى: ما كان منها أصلاً للعبادات وهو الإيمان، وما كان منها عبادات خالصة، سواء كانت بدنية محضة: كالصلاة، أو مالية محضة: كالزكاة، أو مركبة من بدنية ومالية: كالحج، لا يجب شيء من ذلك على الصبي، وإن وجد سبب هذه الحقوق ومحلها وهو الذمة الصالحة، لأن حكم الوجوب في هذه الحقوق هو أداؤها فعلاً من قبل من وجبت عليه على وجه الاختيار لا النيابة الجبرية، ليحصل به الابتلاء وما يترتب عليه من جزاء، وليس الصبي أهلاً لذلك(١)، وما كان من حقوق الله تعالى عقوبة: كالحدود، لم يجب على الصبي، كما لم يجب عليه ما هو عقوبة من حقوق العباد: كالقصاص، لعدم حكمه وهو المؤاخذة بالعقوبة وعدم احتمالها النيابة(٢).

أما أهلية الأداء، فمنعدمه تماماً في حق الصبي في هذا الدور لعدم تمييزه، والتمييز بالعقل أساس أهلية الأداء كما قلنا، ولهذا لا يطالب الصبي بأداء شيء بنفسه، وما وجب عليه من حقوق بسبب أهلية الوجوب قام وليه بالأداء عنه فيما تصح النيابة فيه.

ولعدم أهليته للأداء لا يترتب على أقواله وتصرفاته أي أثر شرعي، فعقوده وتصرفاته القولية باطلة لا يعتد بها، وهذا ما قرره القانون المدني العراقي،

---

(١) «التلويح على التوضيح» ج ٢ ص١٦٣. وفي وجوب الزكاة على الصبي خلاف بين الفقهاء، ومن أوجبها اعتبرها حقاً واجباً للفقراء على الأغنياء في أموالهم، وهذا المعنى لا يختلف بالصغر والبلوغ، ومن لم يوجبها اعتبرها عبادة كالصلاة والصيام، والعبادة يشترط فيها البلوغ لأنها للاختبار، والصبي لا يصلح للاختبار لقصور عقله. انظر «بداية المجتهد» ج١ ص ٢٢٠

(٢) «كشف الأسرار» ج ٤ ص ١٣٦٢

والقانون المدني المصري(١) .

٨٧ ـ الدور الثالث: دور التمييز إلى البلوغ :

ويبدأ هذا الدور ببلوغ الصغير السنة السابعة وينتهي بالبلوغ . وفي هذا الدور تثبت للإنسان أهلية وجوب كاملة ، لأنها إذا ثبتت للصغير غير المميز فثبوتها للصغير ـ وهو أحسن حالاً منه ـ أولى . فتثبت الحقوق له وعليه على النحو الذي فصلناه بالنسبة للصغير غير المميز عند كلامنا عن الدور الثاني «دور الانفصال إلى التمييز» .

أما أهلية الأداء ، فتثبت للصغير في هذا الدور ، ناقصةً لنقصان عقله ، ويترتب على هذه الأهلية الناقصة صحة الأداء منه لا الوجوب بالنسبة للايمان وسائر العبادات البدنية ، لأن فيها نفعاً محضاً للصغير .

أما تصرفاته المالية ، ففيها تفصيل على النحو الآتي :

١ ـ تصرفات نافعة نفعاً محضاً للصغير: كقبول الهبة والصدقة والوصية ، وهذه التصرفات تصح من الصغير دون توقف على إجازة الولي أو الصبي ، لأن تصحيح مثل هذه التصرفات إذا باشرها الصغير، ممكن ، بناءً على وجود الأهلية القاصرة ، وفي تصحيحها مصلحة ظاهرة له ، ونحن أمرنا برعاية مصلحته كلما كانت هذه الرعاية ممكنة .

٢ ـ التصرفات الضارة بالصغير ضرراً محضاً ، وهي تلك التي يترتب عليها خروج شيء من ملكه دون مقابل : كالهبة والوقف ونحوهما ، وهذه التصرفات لا تصح من الصغير ، بل لا تنعقد أصلاً ولا يملك الولي أو الوصي تصحيحها بالإجازة ، لأنهما لا يملكان مباشرتها في حق الصغير فلا يملكان إجازتها ، لأن مبنى الولاية : النظر للصغير ورعاية مصلحته ، وليس من النظر في شيء مباشرة التصرفات الضارة به ، أو إجازتها إذا باشرها الصغير .

٣ ـ التصرفات المترددة بين النفع والضرر بحسب أصل وضعها : كالبيع والإجارة

(١) المادة ٩٦ من ق م ع رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ـ تصرفات الصغير غير المميز باطلة وإن أذن له وليه . المادة ١١٠ من ق م م رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون تصرفاته باطلة .

إليه ، وتكليفه بجميع التكليفات الشرعية ، وصحت منه جميع العقود والتصرفات دون توقف على إجازة أحد إذا لم يكن فيه سفه كما سنذكره فيما بعد .

المبحث الثاني

عوارض الأهلية

٩٠ ـ تمهيد :

علمنا مما تقدم : أن أهلية الوجوب تثبت للإنسان ناقصة في دور الجنين ، ثم تصير كاملة بعد ولادته ، وتبقى ملازمة له مادامت الحياة فيه .

أما أهلية الأداء ، فهي لا تثبت للإنسان في دور الجنين ولا تثبت للصغير غير المميز ، ثم تثبت ناقصة للصغير المميز ، ثم تكمل له إذا ما كمل عقله بالبلوغ عاقلاً . فأهلية الأداء أساسها العقل ، فإن كان قاصراً كانت قاصرة ، أي ناقصة ، وإن كان كاملاً كانت كاملةً ، والعقل القاصر هو عقل الصبي المميز ومن في حكمه ، والعقل الكامل هو عقل البالغ غير المجنون وغير المعتوه(١) .

ولكن قد يعرض للإنسان ، بعد كمال أهليته ، من الأمور ما يزيلها أو ينقصها أو لا يؤثر فيها بالإزالة والنقصان ، ولكن يغير بعض الأحكام بالنسبة لمن عرضت له ، وهذه هي التي تسمى بعوارض الأهلية(٢) .

٩١ ـ أنواع العوارض:

تنقسم العوارض إلى قسمين :

الأول : عوارض سماوية .

والثاني : عوارض مكتسبة .

---

(١) «التوضيح» ج ٢ ص ١٦٤

(٢) وعرفت العوارض : بأنها حالة لا تكون لازمة للإنسان ، وتكون منافية للأهلية .

والعوارض السماوية : هي التي تثبت من قبل صاحب الشرع بدون اختيار الإنسان ، ولهذا نسبت إلى السماء ، لأن مالا اختيار للإنسان فيه ، ينسب إلى السماء على معنى أنه خارج عن قدرة الإنسان ، مثل : الجنون والعته والمرض والموت .

أما العوارض المكتسبة : فهي ما كان للإنسان فيها كسب واختيار ، وهي نوعان : الأول : ما يكون من نفس الإنسان كالجهل والسكر والهزل . والثاني : ما يكون من غيره عليه وهو الإكراه .

وسنتكلم فيما يأتي عن بعض العوارض السماوية والمكتسبة .

المطلب الأول

العوارض السماوية

أولاً : الجنون

٩٢ ـ عرف بعض الأصوليين الجنون : بأنه اختلال العقل ، بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً(١) .

وهو نوعان : أصلي وطاريء . والأصلي : أن يبلغ الإنسان مجنوناً . والطاريء : أن يبلغ عاقلاً ، ثم يطرأ عليه الجنون . وكل منهما إما ممتد ، أو غير ممتد .

والجنون بنوعيه لا يؤثر في أهلية الوجوب لأنها تثبت بالذمة ، والجنون لا ينافي الذمة لأنها ثابته على أساس الحياة في الإنسان . إلا أنه يؤثر في أهلية الأداء فيعدمها ، لانها تثبت بالعقل والتمييز ، والمجنون فاسد العقل عديم التمييز ، ولهذا كان حكمه حكم الصغير غير المميز في تصرفاته وأفعاله .

أما في العبادات : فإن كان الجنون ممتداً(٢) ، فإنه يسقط العبادات ، أي يمنع وجوبها أصلاً لفوات القدرة على الأداء في الحال لقيام الجنون ، وللحرج في الأداء بعد الإفاقة بطريق القضاء . وإذا انتفى الأداء تحقيقاً وتقديراً لثبوت الحرج في القضاء ،

---

(١) «التوضيح» ج ٢ ص ١٦٧ .

(٢) الامتداد في الجنون لا حد له وإنما يختلف باختلاف العبادات ، فبالنسبة لصيام رمضان مثلاً : يكون الجنون ممتداً إذا استغرق الشهر كله ، وإلا فهو غير ممتد .

انعدم الوجوب ، إذ لا فائدة من الوجوب بدون الأداء . أما إذا كان الجنون غير ممتد فإن الأداء وإن كان غير ممكن في حال الجنون إلا أنه ممكن بعد الإفاقة على سبيل القضاء بدون حرج ، فكان الأداء ثابتاً تقديراً فيبقى الوجوب(١) .

٩٣ ـ الحجر على المجنون ومتى يتم :

الجنون من أسباب الحجر ، والحجر شرعاً : المنع من التصرفات القولية لا الفعلية ، بمعنى عدم انعقادها أو عدم نفاذها ، وفي الجنون المنع من انعقادها حتى ولو كانت نافعة للمجنون نفعاً محضاً ، كما هو الحال بالنسبة للصغير غير المميز ، لأن صحة الأقوال والاعتداد بها يكون بالعقل والتمييز ، وبدون ذلك لا يمكن اعتبارها حتى ولو أجازها الولي لوقوعها باطلة ، والإجازة اللاحقة لا تلحق الباطل فلا تجعله صحيحاً(٢) .

والمجنون محجور لذاته ، بمعنى : أن الجنون متى طرأ على الإنسان كان سبباً للحجر عليه دون توقف على حكم من القضاء ، وعلى هذا لا يعتد بأقوال المجنون من حين جنونه . إلا أن الجنون إذا كان متقطعاً بأن كان المجنون يفيق في بعض الاوقات ، فإن حكم تصرفاته في حالة إفاقته حكم تصرفات العاقل .

والقانون المدني العراقي لم يخرج عن هذه الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي ، فقد نص على أن المجنون في حكم الصغير غير المميز ، وأنه محجور لذاته وأن تصرفاته في حال إفاقته ، إذا كان جنونه غير مطبق ، كتصرفات العاقل(٣) .

أما القانون المدني المصري ، فقد خرج في بعض ما نص عليه على أحكام الفقه الإسلامي ، فهو وإن نص على أن المجنون عديم الأهلية كالصغير غير المميز ، إلا أنه

---

(١) وهذا إذا كان الجنون غير الممتد طارئاً ، أما إذا كان أصليا فكذلك عند البعض كأبي يوسف ، وليس بمسقط للعبادات عند البعض الآخر كالإمام محمد ، «التلويح على التوضيح» ج ٢ ص ١٦٧ .
(٢) «شرح مرقاة الأصول» ج ٢ ص ٤٣٩

(٣) المادة ٩٤ الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم . المادة ١٠٨ المجنون المطبق في حكم الصغير غير المميز . أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة إفاقته كتصرفات العاقل .

لم يجعله محجوراً عليه إلا بقرار من المحكمة، ولم يرفع عنه الحجر إلا بقرار من المحكمة أيضاً، وأن تصرفاته قبل تسجيل قرار الحجر صحيحة لا باطلة إلا إذا كانت حالة الجنون شائعة وقت التعاقد مع المجنون، أو كان الطرف الآخر على بينة منها، كما أن تصرفاته بعد تسجيل قرار الحجر تكون باطلةً بطلاناً مطلقاً سواء وقعت في حالة إفاقته - إن كان يفيق في بعض الأحيان -، أو وقعت في حالة جنونه، بل وحتى لو وقعت بعد رشده ما دام قرار الحجر لم يرفع عنه[1].

ثانياً: العته

٩٤ - العته: اختلال في العقل، يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير[2]، وقد يترتب عليه فقد الإدراك والتمييز وهو نوعان، الأول: عته لا يبقى معه إدراك ولا تمييز، وصاحبه يكون كالمجنون، فتنعدم فيه أهلية الأداء دون الوجوب، ويكون في الأحكام كالمجنون. الثاني: عته يبقى معه إدراك وتمييز ولكن ليس كإدراك العقلاء، وبهذا النوع من العته يكون الإنسان البالغ كالصبي المميز في الأحكام، فتثبت له أهلية أداء ناقصة. أما أهلية الوجوب فتبقى له كاملة، وعلى هذا لا تجب عليه العبادات ولكن يصح منه أداؤها، ولا تثبت في حقه العقوبات، وتجب عليه حقوق العباد التي يكون المقصود منها المال، ويصح أداؤها من قبل الولي كضمان المتلفات، وتكون تصرفاته صحيحةً نافذةً إذا كانت نافعةً له نفعاً محضاً، وباطلةً إذا كنت مضرةً له ضرراً محضاً، وموقوفةً على إجازة الولي إذا كانت دائرةً بين النفع والضرر.

هذا والمعتوه محجور عليه لذاته، فهو من هذه الجهة كالمجنون.

---

(١) المادة ٤٥ من القانون المدني المصري - لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. المادة ١١٣ منه - المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم.

المادة ١١٤ - أولا - يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجز.

ثانيا - أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها.

(٢) «شرح الكنز» للزيلعي ج ٥ ص ١٠١.

٩٥ ـ المعتوه في القانون المدني :

لم يشترط القانون العراقي للحجر على المعتوه حكماً من المحكمة، فقد جعله محجوراً عليه لذاته، وهذا هو المقرر في الفقه الإسلامي، كما انه جعله كالصغير المميز في الأحكام دون تفريق بين معتوه ومعتوه[1]، وهذا خلاف المستفاد من أقوال الفقهاء إذ يجعلون العته نوعين كما ذكرنا.

أما القانون المدني العربي (المصري)، فقد جعله كالمجنون دون فرق بين معتوه ومعتوه وطبق عليه أحكام المجنون من جهة الحجر عليه، ولزوم صدور حكم الحجر عليه من المحكمة المختصة، وأن تصرفاته قبل تسجيل قرار الحجر باطلة إذا كانت حالة العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على علم بها، وأن تصرفاته تبقى باطلة قبل رفع قرار الحجر[2].

وجملة ما قرره القانون المدني المصري مخالف لما هو مقرر في الفقه الإسلامي، لا سيما في اعتبار المعتوه مجنوناً، مع أن المعتوه ليس مجنوناً في جميع أحواله.

ثالثاً: النسيان

٩٦ ـ النسيان: عارض يعرض للإنسان فلا يجعله يتذكر ما كلف به، وهو لا ينافي أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء، لبقاء القدرة بكمال العقل[3]، وهو لا يكون عذراً في حقوق العباد، لأنها محترمة لحاجتهم لا للابتلاء، وبالنسيان لا يفوت هذا الاحترام، وعليه لو أتلف إنسان مال غيره ناسياً لوجب عليه الضمان[4]. أما في حقوق الله تعالى، فالنسيان يعد عذراً بالنسبة لاستحقاق الإثم، فالناسي لا إثم عليه، قال عليه الصلاة والسلام: «إنَّ اللهَ وَضَعَ عَن أُمتِي الخَطَأَ والنسيان وما اسْتُكْرِهوا عليه»، أما في أحكام الدنيا فقد يكون النسيان عذراً مقبولاً فلا تفسد عبادته: كما في أكل الصائم ناسياً.

---

(١) المادة ٤٩ و١٠٧ من القانون المدني العراقي: المعتوه هو في حكم الصغير المميز.

(٢) المواد ٤٥ و١١٣ و١١٤ من القانون المدني المصري وقد ذكرنا منطوقها سابقاً.

(٣) «شرح مرقاة الوصول» ج ٢ ص ٤٤٠.

(٤) «أصول» البزدوي وشرحه ج ٤ ص ١٣٩٦.

رابعاً : النوم والإغماء

٩٧ ـ النوم والإغماء ينافيان أهلية الأداء لا الوجوب[1] ، فما دام الإنسان نائماً أو مغمى عليه فليست له أهلية أداء ، لأنها تقوم على التمييز بالعقل ، ولا تمييز للإنسان في حالة نومه أو إغمائه . وعلى هذا لا يعتد بشيء من أقواله مطلقاً ، ولا يؤاخذ بأفعاله مؤاخذة بدنية ، حتى لو انقلب على إنسان فقتله لم يعاقب بدنياً لانتفاء القصد منه لعدم تمييزه واختياره ، ولكن يؤاخذه مؤاخذة مالية ، فتجب عليه الدية ، كما يجب عليه ضمان ما يتلفه من مال بفعله . وإنما وجب عليه الضمان في إتلاف النفس والمال : لأن الفعل قد وجد حسا ، والنفس والمال معصومان شرعاً ، والعذر لا ينفي عصمتهما .

أما بالنسبة للعبادات : فإن الأداء في الحال مرفوع عن النائم والمغمى عليه ، لأن كلاً من النوم والإغماء يوجب تأخير الخطاب بالأداء إلى وقت الانتباه والإفاقة ، لامتناع الفهم واستحالة الأداء في هاتين الحالتين .

إلا أن وجوب العبادة لا يسقط ، لاحتمال الأداء حقيقة بالانتباه والإفاقة ، أو احتمال حصول خلف الأداء وهو القضاء بعد الانتباه والإفاقة ، وهذا لأن نفس العجز عن الأداء في الحال لا يسقط أصل الوجوب ما دام القضاء ممكناً بلا حرج ، وحيث أن النوم عادةً لا يطول فلا حرج في قضاء ما فات من العبادة فلا يسقط الوجوب ، وكذا الاغماء إذا لم يكن ممتداً ، أما إذا امتد فإن الوجوب يسقط .

لانعدام الأداء حقيقة بالإغماء ، وتقديراً للحرج بالقضاء بعد الاغماء ، وإذا انعدم الأداء سقط الوجوب ، إذ لا فائدة من بقائه[2] .

خامساً : المرض

٩٨ ـ المراد بالمرض هنا غير الجنون والإغماء ، وهو لا ينافي الأهليتين : أهلية الوجوب وأهلية الأداء ، فللمريض أهليه كاملة بنوعيها ، ولهذا تثبت الحقوق له وعليه ، إلا أن المرض يؤثر في بعض الأحكام بالنسبة للمريض مع ثبوت

(١) «كشف الأسرار» ج ٤ ص ١٣٨٢

(٢) «كشف الأسرار» ج ٤ ص ١٣٩٨ و ١٤٠٠

الأهلية الكاملة له، من ذلك: عدم نفاذ بعض تصرفاته. وتفصيل ذلك: ان خلافة الوارث عن موروثه في ماله، تثبت بالموت جبراً بحكم الشارع، كما يثبت بالموت أيضاً: تعلق حق الدائن بمال المدين الميت، ولما كان المرض سبباً للموت فإن تعلق حق الوارث والدائن بامال، يثبت من حين حلول المرض، لأن الحكم يضاف إلى أول السبب[1].

ولصيانة حق الوارث والدائن يثبت الحجر على المريض بالقدر الذي يتحقق به صيانة هذا الحق، وهو مقدار الثلثين بالنسبة للوارث، وجميع المال في حق الدائن إن كان الدين مستغرقاً للتركة، أو بمقدار الدين إن لم يكن مستغرقاً[2].

ويثبت هذا الحجر مستنداً إلى أول المرض الذي اتصل به الموت، لأن علة الحجر: مرض مميت، وإذا اتصل به الموت صار المرض من أوله موصوفاً بالأمانة، ولكن لما كان المرض لا يعرف أنه مرض مميت إلا إذا اتصل به الموت، لم يكن إثبات الحجر بالشك، ولهذا لا يظهر أثر الحجر قبل الموت، فتصح تصرفات المريض مرض الموت[3]، دون أن يكون للوارث أو الدائن حق الاعتراض عليها في حال حياته، وإنما يثبت لهم هذا الحق بعد وفاته إذا كان التصرف مضراً بحقوقهما كما في الهبة وبيع المحاباة[4].

٩٩ - نكاح المريض: نكاح المريض مرض الموت صحيح عند الجمهور، لصدوره من ذي أهلية، ويقع به التوارث بين الزوجين ويجب فيه المهر المسمى على رأي بعضهم: كأحمد والظاهرية، ومهر المثل على رأي البعض الآخر: كالشافعي وغيره، رعاية لحق الورثة والدائنين، وهذا إذا لم يخرج المهر المسمى من الثلث ولم يجزه الورثة أو الدائنون.

---

(١) «شرح المنار» ص ٦٩١ـ ٦٩٢.

(٢) «شرح المنار» ص ٦٩٢، و«شرح مرقاة الوصول» ج ٢ ص ٤٤٦ ولا حجر على المريض فيما هو من ضرورياته وحاجاته كالنفقة على نفسه وأجرة مداواته.

(٣) مرض الموت: هو المرض الذي يكون به الإنسان عاجزاً عن القيام بمصالحه خارج البيت، ويكون الغالب فيه موت المريض.

(٤) «شرح مرقاة الوصول» ج ٢ ص ٤٤٦ـ ٤٤٧ و«التلويح على التوضيح» ج ٢ ص ١١٧.

وعند الأوزاعي : النكاح صحيح ، ولا توارث بين الزوجين .

وعند الإمام مالك : النكاح فاسد ولا توارث به . بل إن بعض أصحاب مالك قالوا بفساد نكاح الذِّميَّة - وهي لا ترث - ، مخافة أن تسلم فتكون وارثة فيتضرر الورثة .

وليس للمرأة شيء إذا فرق بينهما قبل الدخول على قول الإمام مالك ، ولها مهر المثل في ثلث ماله إن كان قد دخل بها ، وحجة الإمام مالك : اتهام المريض بقصد الإضرار بورثته ، عن طريق النكاح بإدخال وارثه معهم(١) .

والراجح لنا صحة نكاح المريض ، ووقوع التوارث به ، ووجوب المهر المسمى إن كان أقل من مهر المثل ، فإن كان أكثر توقف الزائد على إجازة الورثة أو الدائنين إن كان يمس بحقوقهم .

أما القول بفساد النكاح مطلقاً فقول ضعيف ، لأن النكاح من الحوائج الأصلية للإنسان ، ولا حجر على المريض فيما هو من حوائجه الأصلية : كالنكاح بمهر المثل . أما إذا ثبت أن قصد المريض بنكاحه الإضرار بالورثة ، فيمكن القول في هذه الحالة بعدم التوارث به رداً لقصده السيء .

١٠٠ - طلاق المريض : إذا طلق المريض مرض الموت زوجته المدخول بها طلاقاً بائناً بغير رضاها ، فإن الطلاق يقع عند الفقهاء ، إلا إنهم اختلفوا في ميراثها .

فذهب الجمهور : إلى أنها ترثه رداً لقصد الزوج السيء ، الذي أراد بهذا الطلاق حرمانها من الميراث .

وقال الشافعي وأهل الظاهر : لا ترث ، لأن الطلاق البائن يقطع الميراث ، ولا عبرة بالقصد الباطن ، لأن الأحكام تبنى على الظاهر والله يتولى السرائر .

ومع أن الجمهور قالوا بميراث المطلقة بائناً ، إلا انهم :

---

(١) «الأم» للشافعي ج ٣ ص ٣١-٣٢ «المغني» لابن قدامة ج ٢ ص ٣٢٦ «المدونة الكبرى» للإمام مالك ج ٢ ص ١٣٣ ، «المحلي» ج ١ ص ٢٥-٢٦ .

اختلفوا في مدى بقاء حق الزوجة في الإرث. فعند الحنفية: ترث ما دامت في عدتها، وعند الحنابلة: ترث ولو انقضت عدتها ما تتزوج. وقال الإمام مالك: ترث سواء انقضت عدتها أو لم تنقض، تزوجت أو لم تتزوج. وعند الجعفرية: ترثه في خلال سنة من طلاقها ما لم تتزوج.

أما إذا كان الطلاق البائن قبل الدخول فإن الزوجة ترث أيضاً على قول الإمام مالك، ولا ترث على قول الحنفية والحنابلة، واختار الخلال من الحنابلة ميراثها، وهذا هو الظاهر من مذهب الجعفرية على ما ذكره الإمام الطوسي في خلافه(١).

١٠١ ـ طلاق المريض في القانون العراقي:

قرر قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩: أن المطلقة في مرض الموت ترث من زوجها. إلا أنه جاء بحكم غريب وهو ان طلاق المريض مرض الموت لا يقع(٢)، وهذا خلاف المعروف في الفقه الإسلامي من أن الطلاق يقع ما دام صادراً من أهله، والمرأة صالحة لإيقاع الطلاق عليها، وأهلية الطلاق لا تختلف بالصحة والمرض، ولا أعلم أحداً من الفقهاء قال بعدم وقوع طلاق المريض، وإنما اختلف الفقهاء في ميراث المطلقة بائناً إذا طلقها زوجها وهو في مرض الموت، وقد حكينا خلافهم، ولخصنا أقوالهم في هذه المسألة.

أما القانون المصري، فقد نص على أن الزوجة المطلقة بائناً في مرض الموت تعتبر في حكم الزوجة إذا كان الطلاق بغير رضاها، وترث زوجها إذا مات وهي في العدة(٣)، فهو قد أخذ بمذهب الحنفية.

---

(١) «الخلاف» للطوسي ج ٢ ص ٤٥٦ و«الأم» للشافعي ج ٥ ص ٣٢٩ـ ٣٣٢ الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ١٥٠ـ ١٥٣ «المغني» ج ٣ ص ٣٢٩ـ ٣٣٢ «القواعد» لابن رجب ص ٢٣٠ «المدونة الكبرى» ج ٢ ص ١٣٢.

(٢) المادة ٣٥: لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم . . المريض في مرض الموت . . إذا مات في ذلك المرض وترثه زوجته.

(٣) المادة ١١ من قانون المواريث المصري رقم ٧٧ لسنة ٩٤٣ ـ تعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدتها.

سادسا: الموت

١٠٢ ـ الموت: آخر العوارض السماوية، وبه يكون الإنسان عاجزاً عجزاً تاماً يترتب عليه انعدام أهلية الأداء، فتسقط عنه جميع التكليفات الشرعية، لأن الغرض منها الأداء عن اختيار، والأداء بالقدرة ولا قدرة مع الموت لأنه عجز خالص.

ولهذا قال البعض كالحنفية: بسقوط الزكاة عن الميت في حكم الدنيا، فلا يجب أداؤها من التركة إذا كان الميت لم يؤدها في حياته، لأن فعل المكلف هو المقصود في حقوق الله تعالى وقد فات بالموت.

وعند البعض الآخر كالشافعي: لا تسقط الزكاة بالموت، لأن المال هو المقصود من الزكاة لا فعل المكلف، وإخراج المال الواجب بالزكاة من التركه ممكن، فلا يسقط الأداء.

أما أهلية الوجوب، فقد قلنا: إنها تكون بالذمة، ولا خلاف بين الفقهاء في أن الذمة تفنى بعد الموت، ولكن في فنائها بعد الموت مباشرة أقوالاً للفقهاء[1]، نوجزها كما يلي:

١٠٣ ـ القول الأول: إنها تفنى بعد الموت مباشرة، لأن أساسها حياة الإنسان، وبالموت زالت حياته، فتزول ذمته، فلا تبقى له أهلية وجوب لا كاملة ولا ناقصة.

أما ديونه: فمصيرها السقوط إذا لم يترك الميت مالاً، والبقاء إن ترك مالا لتعلقها به، ومن ثم يجب الوفاء، وعلى هذا القول بعض الحنابلة.

١٠٤ ـ القول الثاني: ذمة الميت لا تفنى، ولكنها تضعف أو تخرب، ولضعفها تبقى معها أهلية الوجوب في الجملة، ولكن لا تقوى هذه الذمة التي أضعفها الموت على تحمل الديون المرسلة إن لم يكن هناك ما يقويها من مال تركه الميت، أو كفيل كان

(١) الحق والذمة لأستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٨٤ـ ٩٥. «أصول» البزودي وكشف الأسرار ج ٤ ص ١٤٣٣ـ ١٤٣٧، «المغني» ج ٤ ص ٣٨٥ وج٦ ص ٤٤٢، و «القواعد» لابن رجب ص ١٩٣.

المطلب الثاني

العوارض المكتسبة

أولاً: الجهل

١٠٦ ـ الجهل لا ينافي الأهلية، وإنما قد يكون عذراً في بعض الأحوال، وهو إما أن يكون في دار الإسلام أو في غير دار الإسلام، أي دار الحرب.

١٠٧ ـ الجهل في دار الإسلام:

القاعدة: إن الجهل لا يعد عذراً في دار الإسلام، لأن العلم فيها مفروض على من فيها، فلا يعذر المسلم بجهله الأحكام العامة الواضحة التي لا رخصة لأحد في جهلها، وهي الثابتة بالكتاب والسنة المتواترة أو المشهورة، أو التي انعقد عليها الإجماع: كوجوب الصلاة والصيام، وكتحريم الخمر والزنا وقتل النفس بغير حق، وحرمة الاعتداء على مال الغير ونحو ذلك. ولا يستثنى من ذلك الذمي، فلا يعذر بالجهل بما يطبق عليه من أحكام الإسلام: كالقصاص وحد الزنا والسرقة، لأنه مقيم في دار الإسلام، والعلم في دار الإسلام مفترض في الجميع. ولهذا لو أسلم فشرب الخمر وجبت عليه العقوبة، لأن تحريم الخمر شائع ومشتهر في دار الإسلام، فلا يعذر أحد بجهله.

ومثل ما ذكر ـ في عدم اعتبار الجهل عذراً ـ جهل من خالف باجتهاده صريح الكتاب أو السنة المشهورة. فمن الأول: القول بحل الذبيحة التي تركت التسمية عليها عمداً، قياساً على متروك التسمية سهواً فإنه مخالف لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١]، ومن الثاني: القول بالتحليل بدون

وطء لمخالفته للسنة المشهورة(١).

إلا أن الجهل يكون عذراً في موضع الاجتهاد الصحيح الذي لا يخالف الكتاب أو السنة المشهورة أو الإجماع، كما في عفو احد وليي القتيل عن القصاص(٢)، وكالنكاح بلا شهود اكتفاء بالإعلان(٣).

ويلاحظ هنا: ان ولي الأمر ـ السلطة العامة ـ إذا اختار أحد الآراء الاجتهادية وأمر باتباعه، وأعلن ذلك بحيث شاع الإعلان، ففي هذه الحالة يلحق هذا الرأي الاجتهادي المختار بالأحكام العامة الثابتة، فلا يعذر أحد بالجهل به، ولا يعتد باجتهاد المخالف له.

وكذلك يعتبر الجهل بالوقائع عذراً مقبولاً، كمن نكح امرأة جاهلاً أنها محرمة عليه بسبب الرضاعة، أو كمن شرب عصير العنب جاهلاً تخمره، فإن الجريمة تنتفي في الحالتين ولا عقاب على الفاعل.

ومن ذلك أيضاً: جهل الشفيع بالبيع أي بيع جاره داره أو شريكه حصته، فإنه عذر للشفيع، ولهذا يثبت له حق الشفعة إذا علم بالبيع.

ومنه أيضاً: جهل الوكيل بالعزل من الموكل، ولهذا ينفذ تصرفه في حق الموكل

---

(١) المطلقة ثلاثا لا تحل لمطلقها إلا إذا نكحت زوجا آخر ودخل بها، ثم فارقها بطلاق أو غيره، ثم انقضت عدتها، فتحل عند ذلك لزوجها الأول بأن يعقد عليها عقدا جديدا. فشرط التحليل هو وطء الزوج الثاني أي دخوله بها، وهذا ما قضت به السنة المشهورة، وعليه إجماع الفقهاء، إلا ما نقل عن سعيد بن المسيب من خلاف في هذه المسألة. فالقول بأن مجرد العقد من الزوج الثاني بدون دخول يحلها للأول قول غير صحيح، وبالتالي لا يعد الجهل بالحكم الصحيح الذي ذكرناه عذرا لمخالفه.

(٢) إذا عفا أحد وليي المقتول عن القصاص من القاتل، ثم اقتص الولي الآخر من القاتل على ظن أن القصاص لكل واحد منهما على الكمال، فلا قصاص عليه، لأنه موضع اجتهاد. «شرح مرقاة الوصول» ج ٢ ص ٤٥٢.

(٣) الشهود شرط لصحة النكاح للحديث: «لا نكاح بلا شهود». فمن نكح امرأة بلا شهود مكتفيا بإعلان الزواج للأثر: «أعلنوا النكاح ولو بالدف» فإن جهله يكون سائغا ونكاحه يكون صحيحا. ويلاحظ هنا: ان الامام الطوسي من فقهاء الجعفرية قال: «لا يفتقر النكاح في صحته إلى شهود، عند الشيعة». انظر «الخلاف» للطوسي ج ٢ ص ٣٦٣.

قبل علمه بالعزل(١) .

١٠٨ ـ القاعدة في القوانين الوضعية :

القاعدة في القوانين الوضعية : أنها متى ما نشرت بالطرق المقررة لها ، كأن تنشر بالجريدة الرسمية ، فإن العلم بها يصبح مفروضاً بالنسبة للجميع ، فلا يعذر أحد بجهلها ، ومن ثم فإن القاعدة المقررة هي : «إن الدفع بالجهل بالقانـون غير مقبول» ، وهذه القاعدة ثابته في القوانين الوضعية مدنية كانت أو جزائية . ولا يرد على هذه القاعدة الا استثناءات قليلة جداً ، من ذلك ما نص عليه قانون العقوبات المصري : بعدم معاقبة الموظف العمومي إذا ارتكب فعلاً مخالفاً للقانون ، إذا كان الفعل داخلاً في نطاق وظيفته ، وكان الموظف يعتقد مشروعيته(٢) .

وكذلك يكاد ينعقد إجماع علماء القانون الجنائي : على أن الجهل بالقانـون يكون عذراً إذا استحال مادياً العلم بالقانون ، كما لو صدر القانون في أثناء حصار حربي على مدينة من مدن الدولة . أما الجهل بالوقائع ، فيصح الدفع بـه أي دفع المسؤولية الجنائية عن الفاعل ـ كقاعدة عامة ـ كمن يستعمل أوراقاً مزيفة مع اعتقاده بأنها قانونية(٣) .

١٠٩ ـ الجهل في دار الحرب :

القـاعدة : أن العلم فيهـا لا يفتـرض ، إذ هي ليست دار علم بـالأحكـام الشرعية ، بل دار جهل بها . وعلى هـذا إذا أسلم شخص هناك ولم يعلم حقيقـة وجوب العبادات عليه : كالصلاة ونحوها ، فلم يؤدها ، فإنها لا تلزمه قضـاء إذا علمها . وكذلك إذا شرب الخمر جهلاً منه بحرمتها ، فلا إثم عليه ولا عقاب ، لأن المؤاخذة ولزوم التكليف يثبتان ببلوغ الخطاب إليه حقيقة ، أو تقديراً بشهـرته في محله ، وليست دار الحرب بالدار التي تشيع فيها الأحكام وتشتهر(٤) .

---

(١) «شرح مرقاة الوصول» ج ٢ ص ٤٥٢ .

(٢) المادة ٦٣ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ .

(٣) شرح قانون العقوبات العراقي ـ القسم العام ـ للدكتور مصطفى كامل ، ص ١٩٥ ـ ١٩٦ .

(٤) «التلويح» ج ٢ ص ١٨٤ ـ ١٨٥ .

ثانياً: الخطأ

١١٠ ـ الخطأ يطلق، ويراد به ما قابل الصواب، ويطلق ويراد به ما قابل العمد، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله وَضَعَ عن أُمَّتِي الخَطَأَ وَالنِّسْيانَ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيه»، وهذا المعنى هو المراد في بحوث عوارض الأهلية. ويمكن تعريفه: بأنه وقوع القول أو الفعل من الإنسان على خلاف ما يريده، وهو لا ينافي الأهلية بنوعيها، لأن العقل قائم مع الخطأ، ولكنه يصلح أن يكون عذراً في سقوط حقوق الله تعالى: كخطأ المفتي، أو خطأ الذي جهل القبلة عن اجتهاد. وكذلك يصلح شبهة تدرأ العقوبات المقررة حقاً لله تعالى: كالحدود، مثل حد الزنا.

وفي حقوق العباد، إن كان الحق عقوبة: كالقصاص، لم يجب بالخطأ، لأن القصاص عقوبة كاملة فلا يجب على المخطىء لأنه معذور، وإنما تجب بالقتل الخطأ الدية لأنها بدل المحل المتلف، وتكون على العاقلة في ثلاث سنين لأن الخطأ يوجب التخفيف فيما هو صلة، والدية على العاقلة من باب الصلات لأنها لم تجب مقابل مال.

أما في حقوق العباد المالية: كإتلاف مال الغير خطأ، فإن الضمان يجب ولا ينهض الخطأ عذراً لدفع الضمان، لأنه بدل مال لا جزاء فعل فيعتمد عصمة المحل، وكون المتلف خاطئاً معذوراً لا ينافي عصمة المحل.

وفي المعاملات: لا يعتبر الخطأ عذراً لمنع انعقاد التصرف، وعدم ترتيب أثره، وهذا عند البعض كالحنفية، حتى لو طلق خطأ وقع الطلاق. وكذا ينعقد بيع المخطىء لوجود أصل الاختيار، ويكون فاسداً لفوات الرضا(١).

وعند الجمهور، كالشافعية والجعفرية وغيرهم: لا يقع طلاق المخطيء، ولا يعتد بسائر تصرفاته القولية(٢). والحجة للجمهور: أن اعتبار الكلام إنما هو بالقصد

---

(١) «شرح مرقاة الوصول» ج ٢ ص ٤٦٠.

(٢) «منهاج الصالحين» في فقه الجعفرية، للإمام محسن الحكيم ج ٢ ص ١٨٢ و «الخلاف» للطوسي ج ٢ ص ٦٤٦. «سبل السلام» ج ٣ ص ٢٣٧، «تحفة المحتاج» لابن حجر ج ٣ ص ٣٦٦ ـ ٣٦٨، «قواعد الأحكام» للعز ابن عبد السلام.

الصحيح ، ولا قصد للمخطيء فيما يقوله فلا يعتبر ، ولهذا تهدر أقوال النائم والمغمى عليه لعدم القصد ، فكذا المخطيء ، يوضحه أن اللفظ إنما اعتبر لدلالته على قصد المتكلم وإرادته لمعناه وموجبه ، فإذا انتفى هذا القصد صار الكلام لغواً لا أثر له(١) .
ويؤيد ذلك الحديث الشريف : «رُفِعَ عن أُمتي الخَطَأُ والنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيه»(٢) .

ويرد الحنفية على قول الجمهور : بأن عدم القصد في طلاق المخطىء من الأمور الخفية التي يتعذر الوقوف عليها ، فأقيم البلوغ مع العقل مقام القصد في الطلاق ، لأن السبب الظاهر إنما يقام مقام الشيء إذا كان خفياً يعسر الوقوف عليه ، فإذا كان ظاهراً فلا يقام شيء مقامه ، ولهذا لا يقام البلوغ مع العقل مقام القصد والرضا بالنسبة للنائم والمغمى عليه ، لأن عدم قصدهما ورضاهما من الأمور الظاهرة المعلومة بلا حرج فلا يقام شيء مقامها(٣) .

والذي نراه راجحاً : هو قول الجمهور ، فينبغي عدم الاعتداد بجميع أقوال المخطىء ، لا طلاقه ولا أي تصرف قولي آخر ، بشرط أن يثبت خطأه .

ثالثاً : الهزل

١١١ ـ الهزل أن يراد بالشيء ما لم يوضع له(٤) . والكلام وضع عقلاً لإفادة معناه الحقيقي أو المجازي . والتصرف القولي الشرعي موضوع لإفادة حكمه ، فاذا أريد بالكلام غير موضوعه العقلي ، وأريد بالتصرف القولي غير موضوعه الشرعي وهو عدم إفادته الحكم أصلاً ، فهو الهزل . فالهازل يتكلم باختياره ، وهو عالم بمعناه من غير قصد لموجبه ، فهو يباشر العقود والتصرفات عن رضا واختيار ، ولكن لا يريد الحكم المترتب عليها ولا يختاره ولا يرضى بوقوعه(٥) .

---

(١) «اعلام الموقعين» لابن القيم ج ٣ ص ٥٥ ، وج ٤ ص ٧٢ ، «التوضيح» ج ٢ ص ١٩٥ .
(٢) «سبل السلام» ج ٣ ص ٢٣٧ .
(٣) «التلويح» ج ٢ ص ١٩٥ .
(٤) (٥) «كشف الأسرار» ج ٤ ص ١٤٧٧ .

وهو لا ينافي أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء، ولكنه يؤثر في بعض الأحكام بالنسبة للهازل.

وخلاصة القول في ذلك: ان التصرفات القولية التي تقترن بالهزل ثلاثة أقسام: هي الإخبارات، والاعتقادات، والإنشاءات، ولكل قسم حكم يخصه :-

١١٢ - الإخبارات:

وهي الإقرارات، والهزل يبطلها مهما كان موضوع الإخبار، لأن صحة الإقرار تقوم على صحة المخبر به، والهزل دليل ظاهر على كذب ما أقر به، فلا يعتد بإقراره، فمن أقر هازلاً ببيع أو نكاح أو طلاق فلا عبرة بذلك، ولا يترتب على إقراره شيء، حتى ولو أجازه الهازل، لأن الإجازة تلحق شيئاً منعقداً يحتمل الصحة والبطلان، فلا تلحق ما لم ينعقد أصلاً، كما أن الإجازة لا تجعل الكذب صدقاً.

١١٣ - الاعتقادات:

وهي الأقوال الدالة على عقيدة الإنسان، والهزل لا يمنع أثرها، ولهذا لو تكلم بكلمة الكفر هازلاً، صار مرتداً عن الإسلام، وإنما كان الحكم هكذا وإن كان الهازل لا يقصد الردة ولا يريدها، لأن التكلم بكلمة الكفر هزلاً استخفاف بالإسلام، والاستخفاف به كفر، فصار الناطق بكلمة الكفر مرتداً بنفس الهزل وإن لم يقصد حكمه، قال تعالى: ﴿وَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِه كُنْتُمْ يَسْتَهْزِؤُونَ لَا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ﴾ [التوبة: ٦٥]، ويترتب على الردة أحكام دنيوية كثيرة، منها: الفرقة بين الزوجين، وغير ذلك مما هو مبسوط في كتب الفقه.

١١٤ - الإنشاءات:

ومعناها: إيقاع الأسباب التي تترتب عليها الأحكام الشرعية المقررة لها: كالبيع والإجارة وسائر العقود والتصرفات، وهي نوعان:

النوع الأول: لا يبطله الهزل: كالنكاح والطلاق والرجعة، لقوله عليه

الصلاة والسلام : «ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد : النكاح ، والطلاق ، والرجعة» فهذا النوع يشمل التصرفات التي لا تحتمل الفسخ .

النوع الثاني : ما يؤثر فيه الهزل بالإبطال أو الفساد : كالبيع ، والإجارة ، وسائر التصرفات التي تحتمل الفسخ(١) على التفصيل المذكور في كتب الفقه المختلفة .

وذهب بعض الفقهاء إلى صحة هذا النوع من التصرفات ولو مع الهزل ، قياساً على صحة النكاح والطلاق والرجعة مع الهزل . ومن فرق بين النوعين احتج بأن الحديث دل على أن بعض التصرفات جدها وهزلها سواء ، وأن منها ما لا يكون جده وهزله سواء ، إذ لو كان الجميع بمنزلة واحدة لجاء الحديث بالنص على أن جميع عقود الهازل وتصرفاته جدها وهزلها سواء . ومن جهة المعنى : إن في النكاح ونحوه حقاً لله تعالى ، وما كان كذلك فلا يجوز لأحد أن يهزل فيه ، فإذا جاء بالسبب ثبت الحكم وإن لم يقصده كما لو نطق بكلمة الكفر ، لأن الإنسان لا يجوز له أن يهزل مع ربه ، ولا يستهزىء بآياته ، وهذا بخلاف التصرفات المالية التي هي محض حق العباد ، فإنها تفسد بالهزل ، ولا يثبت حكمها لعدم رضا الهازل بالحكم ، ولأن الإنسان قد يهزل مع غيره ، فلا يثبت الحكم بحقه بغير رضاه(٢).

رابعاً : السفه

١١٥ ـ تمهيد :

السفه في اللغة : الخفة ، وفي اصطلاح الفقهاء : عبارة عن التصرف في المال على خلاف مقتضى الشرع والعقل ، مع قيام العقل(٣) .

وعد السفه من العوارض المكتسبة لأن السفيه يعمل باختياره ورضاه على خلاف مقتضى العقل(٤) . وهو لا ينافي الأهلية فالسفيه كامل الأهلية ، مخاطب

(١) «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ج ١ ص ٣٥ .

(٢) «اعلام الموقعين» ج ٣ ص ١٠٩ ـ ١١١ «المدونة الكبرى» ج ٢ ص ١٦١ .

(٣) «شرح المنار» ص ٩٨٨ .

(٤) «شرح مرقاة الوصول» ج ٢ ص ٤٥٨ .

بجميع التكليفات، إلا أن السفيه يؤثر في بعض الأحكام، ويظهر هذا الأثر في منع المال عن الصبي إذا بلغ سفيهاً، وفي الحجر على البالغ العاقل بسبب السفه. فلا بد من الكلام - بإيجاز - عن هاتين المسألتين وما يتعلق بهما من أحكام، ثم عن السفه في القانون المدني العراقي ثم المصري.

المسألة الأولى: في دفع المال لمن بلغ سفيهاً

١١٥ - اتفق الفقهاء، ما عدا الظاهرية، على أن الصبي إذا بلغ سفيهاً لا يدفع إليه ماله، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾ [النساء: ٥]، وإنما يدفع إليه المال بعد البلوغ إذا أنس منه الرشد، أي إذا عرف، لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، فإيتاء المال يشترط له البلوغ والرشد بنص هذه الآية.

وقال الظاهرية: يدفع المال إلى من بلغ عاقلاً، لأن الرشد عندهم: هو البلوغ مع العقل، والسفه عندهم: عدم العقل، فمن بلغ عاقلاً تحقق فيه الرشد ووجب دفع المال إليه[١].

أما الجمهور، فالرشد عندهم: هو الصلاح في العقل والقدرة على حفظ المال[٢]، فليس كل عاقل رشيداً، وإن كان كل رشيد عاقلاً.

وعند الجعفرية، الرشيد: هو البالغ العاقل المصلح لماله والعدل في دينه[٣]، فلا يتحقق الرشد بالقدرة على حفظ المال فقط، وإنما به وبالعدالة في الدين، إلا أن هذا - على ما يبدو - ليس محل اتفاق عندهم، فقد ذكر بعض متأخري

---

(١) «المحلى» لابن حزم ج ٨ ص ٢٨٦ - ٢٨٧.

(٢) «التلويح» ج ٢ ص ١٩١.

(٣) «الخلاف» للطوسي ج ٢ ص ١٢١.

مجتهديهم : ان الرشيد هو المصلح لماله ، دون أن يشترط فيه العدالة في الدين[1] .

١١٦ ـ المقصود بالرشد:

ولكن هل المراد بالرشد حقيقته أم مظنته؟ قولان للفقهاء :

القول الأول : المراد بالرشد : حقيقته ، فلا بد من وجوده ومعرفته فلا يصح أن يقام مقامه شيء آخر من بلوغ سن معينة أو غير ذلك . وعلى هذا القول لا يدفع المال للصبي بعد البلوغ ، حتى يثبت رشده مهما بلغ من السن ، بل حتى لو صار شيخاً كبيراً . وهذا قول الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية وأبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة[2] .

والحجة لهذا القول ، أولاً : إن دفع المال بعد البلوغ معلق بإيناس الرشد ، فما لم يوجد ويثبت لا يجوز دفع المال إلى البالغ ، لأن المعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط . وثانياً : إن السفه في حكم منع المال بمنزلة الجنون والعته ، وهما يمنعان دفع المال إليه سواء بلغ الخامسة والعشرين أو تجاوزها ، كما يمنعانه قبله ، فكذلك السفه[3] .

القول الثاني : قول أبي حنيفة ، وعنده المراد بالرشد حقيقته قبل بلوغ الخامسة والعشرين ، ومظنته بعد بلوغ هذه السن . فمن بلغ رشيداً وثبت رشده دفع إليه ماله وإن لم يبلغ الخامسة والعشرين . وإن بلغ غير رشيد ، أو لم يعلم رشده انتظر إلى أن يبلغ الخامسة والعشرين وعند ذلك يحكم برشده ، ويدفع إليه ماله سواء علم منه الرشد أو لم يعلم ، لأن هذه السن مظنة الرشد ، إذ لا ينفك عنها إلا نادراً ، والأحكام تبنى على الغالب لا على النادر[4] .

---

(١) «منهاج الصالحين» للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ١١٣ .

(٢) «المغني» ج ٤ ص ٤٥٧ . الطوسي ج ٢ ص ١٢١ . محسن الحكيم ج ٢ ص ١١٣ .

(٣) «كشف الأسرار» ج ٤ ص ١٤٩٠ ، وإنما ذكرنا هنا سن الخامسة والعشرين لأن أبا حنيفة يقول بدفع المال إذا بلغ هذه السن ولو لم يؤنس رشده .

(٤) «التلويح والتوضيح» ج ٢ ص ١٩١١ ، «أحكام القرآن» للجصاص ١ ج ص ٤٩٠ .

واستدل أبو حنيفة رحمه الله بجملة أدلة منها :

أ ـ إن منع المال عمن بلغ غير رشيد ، إنما كان لأن السفه قد لا يفارق الإنسان في أول أحوال البلوغ ، أما إذا تطاول الزمن بأن بلغ الخامسة والعشرين سنة ، فلا بد أن يستفيد رشداً بطريقة التجربة ، إذ التجارب تفتح العقول وتشحذ الأذهان وتبصر الإنسان ، وبهذا الرشد المستفاد يتحقق شرط دفع المال ، لأن الرشد ، وهو شرط دفع المال للبالغ ـ جاء في الآية نكرة ، فيصدق على أدنى رشد .

ب ـ إن منع المال عن البالغ العاقل غير الرشيد إما أن يكون للتأديب ، وإما أن يكون عقوبة على فعل الحرام وهو تبذيره ، وإما أن يكون حكماً غير معقول المعنى ثبت بالنص .

فإن كان المنع للتأديب ، فالتأديب إنما يحسن إذا كان مرجواً نفعه ، أما إذا انقطع الرجاء بأن بلغ خمساً وعشرين سنة ولم يؤنس رشده فلا معنى لاستمرار منع ماله عنه ، إذ لا فائدة من ذلك فيكون عبثاً .

وإن كان المنع عقوبة ، فالعقوبة تسقط بالشبهة ، والشبهة هنا قائمة لوجود شيء من الرشد للإنسان إذا بلغ هذه السن كما قلنا . فيلزم دفع المال في هذه الحالة ، لأنه إذا سقط المانع عاد الممنوع .

وإذا كان المنع ثبت بالنص غير معقول المعنى ، سقط أيضاً ، لأن الشرط لدفع المال هو حصول رشد ما ، وقد حصل ببلوغ الخامسة والعشرين كما ذكرناه في الفقرة الأولى(1) .

١١٧ ـ القول الراجح :

مع تسليمنا بقوة أدلة أبي حنيفة ، إلا أن ظاهر الآية لا يساعده ، لأن دفع المال علق بإيناس الرشد لا ببلوغ سن معينة ، وحتى لو ساغ إقامة السن مقام الرشد فيرد عليه : لم لم يجعل السن أكثر أو أقل من الخامسة والعشرين؟ وعليه فالذي نميل إلى

---

(1) «أصول البزدوي وكشف الاسرار» ج ٤ ص ١٤٩٠ ـ ١٤٩١.

ترجيحه هو قول الجمهور .

المسألة الثانية : الحجر على السفيه

١١٨ ـ اختلف الفقهاء في السفه : هل يصح أن يكون سبباً للحجر أم لا ، سواء أكان السفه أصلياً بأن بلغ الإنسان سفيهاً ، أو كان السفه طارئاً بأن بلغ عاقلاً رشيداً ثم طرأ عليه السفه . ويمكن رد اختلافهم إلى قولين :

القول الأول : وهو قول الجمهور من الشافعية والحنابلة والمالكية والجعفرية ، وهو قول أبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة ، وعند هؤلاء جميعاً يحجر على السفيه لأن السفه سبب للحجر ، فإذا وجد وجب الحجر(١) .

القول الثاني : المنع من الحجر بسبب السفه . وهذا قول أبي حنيفة والظاهرية(٢) .

١١٩ ـ أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على أن السفيه يحجر عليه بجملة أدلة(٣) منها :

أ ـ قال تعالى : ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فهذه الآيةأفادت ثبوت الولاية على السفيه وذلك لا يتصور الا بعد الحجر عليه .

ب ـ جاء في الأثر : أن الإمام علياً طلب من الخليفة عثمان بن عفان أن يحجر على عبدالله بن جعفر لتبذيره المال. ولو لم يكن الحجر على السفيه جائزاً لما طلبه الإمام علي .

---

(١) «المغني» لابن قدامة الحنبلي ج ٤ ص ٤٥٨ ، «أصول البزودي وشرحه» ج ٤ ص ١٤٩٢ ، الطوسي ج ٢ ص ٢٢ .

(٢) «أحكام القرآن» للجصاص ج ١ ص ٤٨٩ ، «المحلى» ج ٨ ص ٢٧٨ وما بعدها . «التلويح» ج ٢ ص ١٩٢ ، ويلاحظ هنا : إن أبا حنيفة وإن منع المال عمن بلغ سفيهاً إلى أن يصل سن الخامسة والعشرين إلا أنه لا يرى الحجر عليه ، فتصرفاته نافذة في ماله .

(٣) «المغني» ج ٤ ص ٤٥٨ ، «الجصاص» ج ١ ص ٤٧ وما بعدها ، و«كشف الأسرار» ج٤ ص ١٤٩١ وما بعدها ، الطوسي ج ٢ ص ١٢٢ ـ ١٢٣ .

جـ ـ الحجر على الصغير يثبت لاحتمال تبذيره ، وهذا المعنى موجود في السفيه ، فكان الحجر عليه لازماً كما هو بالنسبة للصغير.

د ـ السفيه لا يحسن التصرف في ماله ، فهو في حاجة إلى من يرعاه ويحفظ عليه ماله ، ولا يَتَأتّى هذا إلا بالحجر عليه ، كما هو الحكم في الصغير. ولا يقال: إن السفيه عاص بتبذيره المال فلا يستحق الرعاية ، لأننا نقول: إن المعصية لا تخرج صاحبها عن استحقاق النظر له ورعاية مصلحته ، ألا يرى أن القاتل العمد لم تخرجه جنايته عن استحقاق النظر له ، بدليل جواز العفو عنه ، فالسفيه أولى أن يرعى جانبه وتلاحظ مصلحته.

هـ ـ الحجر على السفيه يدفع الضرر عن الجماعة ، إذ به يصان ماله ، فلا يكون عالة على غيره ، ولا يتحمل بيت المال نفقته ، وحيث أن الحجر على الإنسان لدفع الضرر عن الجماعة أمر واجب ، ولهذا يحجر على المفتي الماجن ، والطبيب الجاهل ، فكذا يحجر على السفيه لدفع الضرر عن الجماعة.

١٢٠ ـ أدلة أبي حنيفة:

واستدل أبو حنيفة بجملة أدلة ، منها:

١ ـ إن السفيه مخاطب ، إذ الخطاب بالأهلية ، وهي بالبلوغ مع العقل ، والسفه لا يوجب نقصاً في عقله ولا تمييزه ، ولهذا يبقى مخاطباً بحقوق الشرع ، وتصح تصرفاته القولية: كالطلاق والنكاح ، ويُحبس في ديون العباد ، ويعاقب على جرائمه ، ويؤاخذ بإقراره بأسباب العقوبات ، فلو كان السفه يبقى معتبراً بعد البلوغ في إيجاب النظر للسفيه ولزوم الحجر عليه ، لكان الأولى أن يحجر عليه في إقراره بأسباب العقوبات ، لأن الضرر على النفس أعظم من ضرر المال.

٢ ـ إن الإنسان ببلوغه عاقلاً تكمل أهليته وتتم شخصيته ، فالحجر عليه في هذه الحالة إهدار لكرامته وإنسانيته وهذا لا يجوز. وإذا قيل: إن الحجر لمصلحته ، فالجواب: إن ضرر إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم بالحجر عليه أشد من ضرر إضاعة المال عليه ، والقاعدة الشرعية تقضي بتحمل الضرر الأخف في سبيل

دفع الضرر الأشد، فكان عدم الحجر عليه من مصلحته.

٣ ـ جاء في الحديث: أن رجلاً كان يغبن في البياعات، فأتى به أهله إلى الرسول عليه الصلاة والسلام طالبين منه الحجر، فلم يحجر عليه الرسول عليه الصلاة والسلام، وإنما أمره أن يشترط لنفسه الخيار في البيع، فلو كان الحجر جائزاً لحجر عليه.

٤ ـ أما احتجاجهم بآية: ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً. . ﴾ الخ فلا حجة لهم فيها، لأن الولي هنا هو ولي الحق لا ولي السفيه.

٥ ـ أما الاحتجاج بطلب الإمام علي بن أبي طالب الحجر على عبدالله بن جعفر، فلا حجة لهم فيه، لأن طلبه يحمل على سبيل التخويف لا الإلزام، أو يحمل على طلب منع المال عن عبدالله بن جعفر على اعتبار أن سنه كانت دون الخامسة والعشرين.

٦ ـ التبذير معصية، والمعصية لا تكون سبباً للرعاية، والحجر على السفيه من باب الرعاية له فلا يلزم، ولا يقال: إن المعصية لا توجب إخراج العاصي من الرعاية استدلالاً بجواز العفو عن القاتل العمد، لأن القائلين بالحجر يوجبونه على السفيه، والعفو عن القاتل جائز لا واجب.

٧ ـ أما القول بأن الحجر على السفيه لدفع الضرر عن الجماعة فمردود، لأن السفيه يتصرف في خالص ماله، ولا حق لأحد في ماله حتى يمنع من تصرفه فيه لهذا الحق المزعوم.

١٢١ ـ القول الراجح:

الذي نميل إليه: القول بالحجر على السفيه، لأن ظواهر النصوص تؤيد ذلك، كما أن في الحجر مصلحة للسفيه بحفظ ماله ودفع الضرر عن الجماعة، ولا يقال: إن تصرفه في ماله ولا حق للجماعة فيه، لأنا نقول: إن تصرف الإنسان في خالص ماله مقيد بعدم الإضرار بالغير، ألا يرى أن من ينصب طاحونة في داره يمنع

من ذلك لتضرر الجيران، فكذا السفيه يمنع من تصرفاته في ماله لئلا يفنى ماله، فيكون عالة على الجماعة وعلى بيت المال، وفي هذا ضرر على الجماعة، فيجب دفعه بالحجر عليه.

المسألة الثالثة: متى يتم الحجر على السفيه؟

١٢٢ ـ ذهب بعض الفقهاء، ومنهم الإمام محمد: إلى أن السفيه محجور بنفس السفه من غير حاجة إلى حكم من القاضي بالحجر عليه، وحجتهم: أن السفه علة للحجر فمتى وجدت العلة وجد المعلول، أي الحجر، ومتى انتفت انتفى الحجر كما هو الحال في الجنون والعته والصغر.

وذهب البعض الآخر من الفقهاء، ومنهم الإمام أبو يوسف: إلى أن السفيه لا يكون محجوراً عليه ما لم يحجر عليه القاضي. والحجة لهذا القول: أن الحجر مبناه مصلحة المحجور، وهي مترددة بين إثبات الحجر عليه لحفظ ماله وبين ترك الحجر عليه لئلاّ يهدر قوله، والترجيح إنما يكون للقاضي في الأمور ذات الوجهين لا لغيره.

وأيضاً فإن السفه ليس شيئاً محسوساً، وإنما يستدل عليه بالغبن في التصرفات، وقد يكون هذا الغبن حيلة ولا يثبت ذلك إلا بقضاء القاضي. وأيضاً فإن الحجر للسفه مختلف فيه بين الفقهاء، فلا يثبت إلا بقضاء القاضي كالحجر بسبب الدَّين، وكما ان الحجر لا يثبت إلا بالقضاء، فكذلك رفعه لا يكون إلا بالقضاء.

وثمرة الخلاف بين القولين: أن تصرفات السفيه قبل الحجر عليه من قبل القاضي تكون صحيحة نافذة على رأي أبي يوسف ومن تابعه، وموقوفه على رأي محمد ومن وافقه، أي كأنها صادرة من سفيه محجور عليه من القاضي.

والذي نميل إلى ترجيحه: هو القول بأن الحجر لا يتم إلا بقضاء القاضي، وكذا رفعه، لما استدل به أصحاب هذا القول، وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي كما سيأتي فيما بعد.

المسألة الرابعة: حكم تصرفات السفيه المحجور

١٢٣ ـ حكم السفيه بعد الحجر حكم الصغير المميز في التصرفات القابلة

للفسخ : كالبيع والشراء والإجارة، فتكون موقوفه على الإذن إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وما كان منها ضرراً محضاً وقعت باطلة كالهبة، وما كان منها نفعاً محضاً وقعت صحيحة نافذة. ويجوز له استحساناً الوصية في وجوه البر، وإن لم يكن من أهل التبرع، وكذا الوقف على نفسه ثم على غيره. أما تصرفاته التي لا تقبل الفسخ : كالنكاح والطلاق، فتقع منه صحيحة نافذة، خلافاً للحكم بالنسبة للصغير المميز.

المسألة الخامسة : السفه في القانون المدني العراقي

١٢٤ ـ أخذ القانون المدني العراقي برأي أبي يوسف ومن وافقه، فلم يجعل السفيه محجوراً عليه لذاته، بل لا بد من قرار من المحكمة المختصة بالحجر عليه(١)، وكذلك لا يرفع عنه الحجر إلا بقرار من المحكمة(٢).

فإذا تم الحجر على السفيه كان حكمه في المعاملات المالية حكم الصغير المميز، أما قبل الحجر فحكمه حكم البالغ العاقل الراشد، إلا إذا وقع التصرف منه قبل الحجر عن طريق الغش والتواطؤ مع الغير(٣)، وهذا استثناء حسن يتفق والغرض من الحجر، ويتفق مع أصول الشريعة العامة.

والسفيه المحجور وإن لم يكن من أهل التبرع، إلا أن القانون أجاز له الوصية بثلث ماله(٤)، وهذا هو المقرر فقهاً، والحكمة في ذلك واضحة لأن الوصية لا ضرر منها على السفيه في حياته، لأنها تصرف في التركه مضاف إلى ما بعد الموت.

---

(١) المادة ٩٥ من القانون المدني العراقي.

(٢) المادة ١٠ الفقرة الثالثة.

(٣) المادة ١٠ الفقرة الأولى.

(٤) المادة ١٠ الفقرة الثانية.

ونكاح السفيه صحيح نافذ قبل الحجر وبعده، لأن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ اشترط لأهلية الزواج: العقل والبلوغ(١)، ولا شك أن السفيه عاقل بالغ وهذا هو المقرر فقهاً. وكذلك طلاقه فهو صحيح نافذ، لأن المادة ٣٤ من قانون الأحوال الشخصية العراقي عددت من لا يقع طلاقهم ولم تذكر معهم السفيه، وهذا هو المقرر فقهاً.

المسألة السادسة: السفه في القانون المدني المصري

١٢٥ - يحجر على السفيه بحكم من المحكمة، ولا يرفع الحجر عنه إلا بحكم أيضاً(٢).

أما تصرفات السفيه فحكمها كما يأتي: -

إذا صدر التصرف من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام، ومعنى هذا:

أن تصرفاته النافعة نفعاً محضاً تقع منه صحيحة ونافذة، وتبطل تصرفاته الضارة ضرراً محضاً، أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فهي قابلة للإبطال بحكم يصدر بناء على طلب القيم، أو السفيه بعد رفع الحجر عنه.

أما إذا صدر التصرف من السفيه قبل الحجر عليه، فهي لا تكون باطلة أو قابلة للإبطال، إلا إذا وقعت نتيجة استغلال المتعاقد الآخر، أو المستفيد منها، أو تواطئه مع السفيه الذي يتوقع الحجر عليه، فإن لم يثبت شيء من ذلك كانت تصرفاته صحيحة(٣). وقد استثنى القانون المصري الوصية والوقف، فقرر أن التصرف بهما يصح متى اذنت المحكمة في ذلك(١)، كما استثنى القانون أعمال الإدارة

---

(١) المادة السابعة الفقرة الأولى.

(٢) المادة ٦٥ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

(٣) المادة ١١٥ من القانون المدني المصري.

إذا أذن له وليه بتسلم أمواله لإدارتها، وصدر الإذن بالوجه القانوني[1]، وفي هذه الحالة تسري عليه الأحكام التي تسري على القاصر المأذون[2].

خامساً: السكر

١٢٦ ـ تمهيد:

السكر: هو زوال العقل بتناول الخمر، وما يلحق بها بحيث لا يدري السكران بعد إفاقته ما كان قد صدر منه حال سكره(٤).

فالسكر يعطل العقل ويمنعه من التمييز، وكان ينبغي لذلك أن تنعدم به أهلية الأداء ويسقط عن السكران التكليف، ولا يكون مخاطباً بشيء حال سكره. ولكن الفقهاء لم يقولوا بهذا في جميع حالات السكر، وإنما قصروه على حالة سكره إذا كان بطريق مباح، أما إذا كان سكره بطريق محظور فقد جعلوه مكلفاً ومؤاخذاً بما يصدر عنه على تفصيل واختلاف فيما بينهم، كما يتضح مما يأتي بعد أن نبين حكم السكر بطريق مباح.

١٢٧ ـ أولاً: السكر بطريق مباح:

ويكون السكر بطريق مباح: إذا شرب المسكر اضطراراً، أو إكراهاً، أو عن غير علم بكونه مسكراً، أو شرب دواء فأسكره، ونحو ذلك.

وحكم السكران بهذا الطريق حكم المغمى عليه، فلا يكون مكلفاً بأداء شيء من حقوق الله تعالى حال سكره، وإنما عليه القضاء بعد إفاقته إن لم يكن في القضاء حرج عليه، بأن لم يمتد سكره كما هو الحكم في الإغماء، ولا تصح عبارته، فلا يترتب على تصرفاته القولية أي أثر.

أما تصرفاته الفعلية فيترتب عليها آثارها بالنسبة لحقوق العباد المالية، فيؤاخذ

---

(١) المادة الخامسة من قانون الوصية والمادة ١١٦ الفقرة الأولى من القانون المدني المصري.

(٢) المادة ١١٦ الفقرة الثانية من القانون المدني المصري.

(٣) المادة ٦٨ من قانون الولاية على المال.

(٤) وعرف السكر بأنه معنى يزول به العقل عند مباشرة الأسباب المزيلة. «كشف الأسرار» ج ٤ ص ١٤٨٢.

بضمان المتلفات نفوساً كانت أو أموالاً ، لأن النفوس والأموال معصومة فلا تهدر ولا تسقط عصمتها لأي عذر كان .

ولا يؤاخذ بأفعاله وجرائمه مؤاخذة بدنية ، لأن العقاب البدني مبناه العقل والتمييز ، والسكران فاقد العقل معدوم التمييز .

١٢٨ ـ ثانياً: السكر بطريق محظور :

وهنا اختلف الفقهاء في حكم السكران ومدى الاعتداد بتصرفاته . وسبب اختلافهم : هو أن زوال العقل جاء بطريق محرم ، وعلى هذا الأساس اختلفت أقوالهم في حكم تصرفاته ويمكن إجمالها كما يلي(١) :

أ ـ فيما يخص تصرفاته القولية :

١ ـ ذهب بعض الفقهاء : إلى أن عبارة السكران ساقطة ، فلا يعتد بشيء من أقواله ، ولا يترتب عليها أي أثر شرعي ، فلا يقع طلاقه ولا بيعه ولا شراؤه ولا أي عقد من عقوده ، وهذا مذهب الظاهرية والجعفرية وعثمان البتي والليث ، وهي إحدى الروايات عن أحمد بن حنبل ، وهي التي استمر عليها كما نقل ابن القيم ، وهو اختيار الطحاوي من الحنفية .

٢ ـ تعتبر أقواله ويعتد بها وتترتب عليها آثارها الشرعية ، فيقع طلاقه وسائر تصرفاته القولية ، وهذا مذهب الحنفية والشافعية والمالكية على التفصيل في بعض التصرفات ، فعند الحنفية : تصح أقواله ما عدا الردة والإقرار بما يحتمل الرجوع . وعند المالكية : تصح ما عدا الإقرار والعقود ، إلا أن الجميع متفقون على وقوع طلاقه .

---

(١) «زاد المعاد» ج ٢ ص ٢٠٢ ـ ٢٠٣ «اعلام الموقعين» ج ٤ ص ٤٠ ـ ٤٢ «المغني» ج ٧ ص ١١٣ ـ ١٢٤ «الأم» للشافعي و «المهذب» للشيرازي ج ٢ ص ٨٢ «المحلى» ج ١ ص ٢٠٩ ـ ٢١١ «الخلاف» للطوسي ج ٢ ص ٤٥٤ ، «المختصر النافع» في فقه الجعفرية ص ٢٢١ «مختصر» الطحاوي ص ٢٨٠ «بدائع الصنائع» للكاساني ج ٣ ص ٦٩ «كشف الأسرار» ج ٤ ص ١٤٧٤ ومابعدها «التلويح» ج ٢ ص ١٨٥ ـ ١٨٦

ب ـ فيما يخص أفعاله :

لا اختلاف في أن أفعاله المتعلقة بحقوق العباد يؤاخذ عليها مؤاخذة مالية ، فإذا أتلف نفساً أو مالاً ضمن ما أتلف. أما المؤاخذة البدنية أي معاقبته على أفعاله التي تكون جريمة ، فالجمهور على أنه يؤاخذ بها مؤاخذة بدنية ، فيقتل إذا قتل ، ويقام عليه الحد إذا زنى ، وهكذا .

وقال أهل الظاهر ، وعثمان البتي : لا يعاقب على أفعاله عقاباً بدنياً ، ولا يقام عليه إلا حد الخمر فقط .

١٢٩ ـ الأدلة :

أولاً : استدل القائلون بعدم الاعتداد بأقواله وعدم معاقبته بدنياً بما يأتي :

أ ـ إنه لا يعلم ما يقول بدليل قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء : ٤٣] فالسكران لا يدري ما يقول ، ومن لا يدري ما يقول لا يجوز إلزامه بأقواله ، ولا بشيء من الأحكام ، لا بطلاق ولا بغيره ، إذ هو غير مخاطب لأنه ليس من ذوي الألباب ،فحكمه حكم المجنون .

ب ـ الفهم مناط التكليف ، وحيث لا فهم فلا تكليف ، ولا يصح إبقاؤه مكلفا عقوبة له ، لأن الشارع أوجب عقوبة له وهي الحد ، فلا يجوز معاقبته بغيرها أو الزيادة عليها .

جـ ـ إن أقل ما يصح به التصرف : القصد أو مظنته ، وليس للسكران واحد منهما .

د ـ لا فرق بين من سكر بطريق مباح وبين من سكر بطريق محظور ، فالأثنان لا عقل لهما ولا تمييز ، فيجب أن يتساويا في الحكم . أما كون الأول سكر بطريق مباح ، والثاني سكر بطريق محرم ، فهذا تأثيره في ترتب العقوبة على السكر فقط . ألا يرى أن من كسرت ساقاه صلى قاعداً ، ومن كسر ساقيه بنفسه صلى قاعداً أيضاً ، مع أن الثاني أجرم بكسر ساقيه دون الأول .

ثانياً: استدل القائلون بوقوع طلاقه وسائر تصرفاته القولية، ومؤاخذته مؤاخذة كاملة على جرائمه :بأن السكران هنا هو الذي تسبب بإزالة عقله بمباشرته ما هو محرم عليه، فلا يستحق بمعصيته التخفيف فيعتبر عقله قائماً تقديراً عقوبة وزجراً له، ولا عجب في هذا فقد يعطى للزائل حقيقة حكم القائل تقديراً إذا زال بسبب هو معصية للزجر والردع، كمن قتل مورثه، فإنه يجعل المورث حياً بالنسبة له عقوبة وزجراً فلا يرثه. والخلاصة: فإن الجريمة لا تكون سبباً للتخفيف عن صاحبها، بل إن ارتكابها يدل على أن صاحبها رضي بجميع النتائج المترتبة على جرمه.

ثالثاً: استدل القائلون بالتفريق بين أقواله وجرائمه فلا يؤاخذ بالأولى ويؤاخذ بالثانية مؤاخذة كاملة: بأن إهدار أقواله لا يتضمن مفسدة، لأن القول المجرد من غير العاقل لا مفسدة فيه، بخلاف الأفعال، فإن مفاسدها لا يمكن محوها بعد وقوعها، فكان إهدارها ضرراً محضاً، وفساداً كبيراً، وهذا لا يجوز. وأيضاً: فإن عدم مؤاخذته بجنايته ذريعة إلى ارتكابه الجرائم وجرأته عليها، واستباحته قتل النفوس البريئة، وفي هذا من الفساد ما لا يخفى. وأيضاً: فإن السكر جريمة، والجريمة لا تصلح أن تكون دافعة للمسؤولية الجنائية عن جريمة أخرى.

رابعاً: استدل الحنفية القائلون بعدم ردته وإقراره بما يحتمل الرجوع: بأن الردة تبدل الاعتقاد، والاعتقاد لا يرتفع إلا بالقصد إلى تبدله، أو بما يدل عليه ظاهراً، وهو التكلم في حالة يعتبر فيها القصد، وهي حالة الصحو، وليس السكران في مثل هذه الحالة فلا يكون قوله دالاً على تبدل اعتقاده فلا يرتد.

أما عدم الاعتداد بإقراره بما يحتمل الرجوع، فلأن السكران لا يستقر على أمر، فيقام مقام الرجوع، ولهذا لو أقر بزناه في حال سكره لم يؤاخذ بإقراره، لأن الإقرار بالزنا يحتمل الرجوع. أما أدلة الحنفية على صحة أقواله الأخرى، فهي نفس أدلة القائلين بصحة أقواله مطلقاً.

خامساً: استدل المالكية على عدم الاعتداد بعقوده وإقراراته: بأن الشرط في صحة العقد تمييز العاقد، ولا تمييز للسكران. أما في الإقرارات فقالوا: إما أن تكون بمال ولا يصح في هذه الحالة إقراره بالمال، لأنه محجور عليه بسكره. وإما أن تكون بغير مال، فحديث ماعز(١) يدل على إلغاء قرار السكران.

أما أدلة المالكية في صحة أقوال السكران الأخرى، فهي أدلة القائلين بصحتها مطلقاً.

١٣٠ ـ مناقشة الأدلة، وبيان الراجح من أقوال الفقهاء:

١ ـ إن أدلة القائلين بعدم صحة أقوال السكران مقبولة وسليمة، لأن اعتبار القول إنما يكون بالقصد، ولا قصد للسكران لزوال عقله فلا يعتبر. أما إلزامه بقوله على وجه العقوبة فلا يصح، لأن العقوبة تقدر من الشارع ولا تقدر بالرأي، كما أن النص بين أن السكران لا يعلم ما يقول، ومن لا يعلم ما يقول لا يقصد معنى ما يقوله، فلا يترتب أثر على قوله، كالأعجمي إذا لفظ بكلمة «الطلاق»، وهو لا يعرف معناها، لا يترتب أثر على لفظه.

٢ ـ القياس على قاتل مورِّثه، وحرمانه من الميراث بجعل المورث حياً حكماً قياس مع الفارق، لأن القاتل قصد قتل مورثه ليستعجل ميراثه، فعوقب بحرمانه، أما السكران فقد قصد السكر ولم يقصد إيقاع الطلاق مثلاً في سكره، فكيف يقع طلاقه؟

٣ ـ وحتى لو قلنا بمؤاخذته على أقواله على سبيل العقوبة، فكيف نوقع عليه عقوبة تسرى إلى بريء، كما لو طلق امرأته في حال سكره؟

٤ ـ أما ما استدل به على مؤاخذته عن جرائمه، فإنه استدلال مقبول، ولا يوجد ما ينقضه، ولا تمكن مساواته مع المجنون في هذه الحالة، لأن السكران هنا مجرم بسكره، ومجرم بجنايته على الآخرين، فكيف يراعي جانبه، ويترك جانب

---

(١) حديث ماعز، في أنه زنى وأقر عند الرسول عليه الصلاة والسلام، فسأله الرسول ﷺ، أو استنكهه ليتأكد فيما إذا كان سكراناً أم لا. وهذا يدل على أن إقرار السكران غير معتبر.

المجني عليه؟ وإذا تجاوزنا عن هذا كله، فإن مؤاخذة السكران عن جرائمه تؤيدها قاعدة سد الذرائع إلى المفاسد، وهي قاعدة تشهد لها بالصحة أصول الشريعة ونصوصها الكثيرة.

وعلى هذا: فالراجح - كما يبدو لنا -: هو قول القائلين بعدم الاعتداد بجميع أقوال السكران بطريق محظور، مع مؤاخذته عن جرائمه مؤاخذة كاملة.

١٣١ - حكم السكران في القوانين الوضعية:

أ - نص قانون الأحوال الشخصية العراقي: على عدم وقوع طلاق السكران(١)، ولم يقيد ذلك بكون سكره بطريق مباح أو محظور، فيجب حمل النص على إطلاقه، فلا يقع طلاق السكران مطلقاً. وكذلك لا يقع نكاح السكران بموجب القانون المذكور، لأنه اشترط لأهلية النكاح: العقل والبلوغ(٢)، وهذا يدل على أن نكاح السكران باطل، إذ هو زائل العقل. ويقاس على ذلك سائر تصرفاته القولية، لأن الشرط في صحتها: القصد والاختيار، والسكران لا قصد له ولا اختيار.

وفي مصر، نص القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٢٩ على عدم وقوع طلاق السكران(٣) دون تفريق بين سكران بطريق محظور أو مباح، وعلى هذا لا يقع طلاق السكران مطلقاً أخذاً بعموم النص وإطلاقه.

ب - نص قانون العقوبات المصري «لا عقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار في عمله وقت ارتكاب الفعل، إما لجنون أو عاهة في العقل، وإما لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أيا كان نوعها، إذا أخذها قهراً عنه أو على غير علم منه بها»(٤).

---

(١) المادة ٣٥ الفقرة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ٨٨ لسنة ٩٥٩.

(٢) المادة ٧ الفقرة الأولى.

(٣) المادة الأولى منه.

(٤) المادة ٦٣ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

فالقانون الجنائي المصري يتفق ورأي جميع الفقهاء القائلين بعدم مؤاخذة السكران عن جرائمه مؤاخذة جنائية إذا كان سكره عن طريق مباح. ويفهم من هذا النص: أن السكران بطريق محظور، كما لو تناول المسكر باختياره، أو على علم منه بأن ما يتناوله مسكر، لا ينجو من المسؤولية الجنائية. ويلاحظ عند تطبيق هذا النص، لزوم توافر فقد الشعور أو الاختيار بسبب المخدر، فإن لم يصل الإنسان إلى هذه الحالة فلا ينطبق النص، وبالتالي تجب المسؤولية.
هذا وإن قانون العقوبات البغدادي نص على نحو مما نص عليه قانون العقوبات العراقي الجديد رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩، حيث جاء في المادة ٦٠ منه: «لا يسأل جزائياً من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الإدراك، أو الإرادة لجنون أو عاهة في العقل، أو بسبب كونه في حالة سكر، أو تخدير نتجت عن مواد مسكرة أو مخدرة أعطيت له قسراً، أو على غير علم منه بها... الخ».

سادساً: الإكراه

١٣٢ - تمهيد:

الإكراه من العوارض المكتسبة، لا من فعل الإنسان بنفسه، ولكن من فعل الغير به.

وسنتكلم فيما يلي عن تعريفه، وشروط تحققه، وأنواعه، ومنافاته أو عدم منافاته للأهلية، وأثره في تصرفات المكره، أو بيان حكم تصرفات المكره، ثم نختتم الكلام بكلمة موجزة عن الإكراه في القانون العراقي.

١٣٣ - تعريف الإكراه:

---

(١) المادة ٤٢ من قانون العقوبات البغدادي. ونصها «لا عقاب على من ارتكب أي فعل أثناء فقدانه القدرة على تقدير طبيعة أعماله او فقدان السيطرة عليها بسبب.... أو الغيبوبة الناشئة عن مواد سامة يتناولها رغماً عنه أو على غير علم منه».

عرف الأصوليون الإكراه بتعاريف متقاربة، فمن ذلك ما قاله صاحب «التلويح»: الإكراه: حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته لو خلي ونفسه(١). وعرفه غيره: بأنه حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه، ويصير الغير خائفاً به(٢). وهذا التعريف تضمن الأمور الواجب توافرها لتحقق الإكراه، ومن ثم فهو أوضح من التعريف الأول.

١٣٤ - شروط تحقق الإكراه(٣):

١ - أن يكون المكره «الحامل» متمكناً من إيقاع ما هدد به، فإن لم يكن متمكناً من إيقاع ما هدد به، وكان المكره «الفاعل» عالماً بعدم مقدرته كان تهديده لغواً لا عبرة به.

٢ - أن يكون المكره «الفاعل» خائفاً من هذا التهديد، بأن يقع في نفسه: أن الحامل سيوقع ما هدده به عاجلاً يقيناً أو على غلبة الظن، وأن يفعل ما أكره عليه تحت تأثير هذا الخوف.

٣ - أن يكون المكره به، أي ما هدد به ضرراً يلحق النفس بإتلافها، أو بإتلاف عضو منها، أو بما دون ذلك: كالحبس والقيد والضرب.

أما التهديد بإتلاف المال إذا لم يكن يسيراً ، فهو تهديد معتبر، يتحقق به الإكراه عند الشافعية والحنابلة والجعفرية، وبعض فقهاء المذهب الحنفي.

والتهديد بإلحاق الأذى بمن يهم المكره «الفاعل» أمره، يعد إكراهاً عند الجعفرية، وهو كذلك إكراه عند الحنفية إذا وقع على الزوج، أو على قريب ذي رحم محرم. أو وقع على الولد عند الحنابلة(٤).

---

(١) «التلويح» ج ٢ ص ١٩٦.

(٢) «كشف الأسرار» ج ٤ ص ١٥٠٣.

(٣) «كشف الأسرار» ج ٤ ص ١٥٠٢ «المغني» ج ٧ ص ١٢٠، «المهذب» ج ٢ ص ٨٣.

(٤) «البحر الرائق» ج ٨ ص ٢ «حاشية ابن عابدين» ج ٥ ص ١١٠ «الإقناع» في فقه الحنابلة ج ٤ ص ٤، «منهاج الصالحين» في فقه الجعفرية السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ١٤ «المغني» ج ٧ ص ١٢٠، «المهذب» ج =

١٣٥ ـ أنواع الإكراه

قسم الحنفية الإكراه إلى قسمين : إكراه ملجيء أو كامل أو تام وإكراه غير ملجيء أو ناقص(١) .

أ ـ الإكراه الملجيء :

وهو الذي يكون بإتلاف النفس ، أو بعضو منها ، لأن حرمة الأعضاء كحرمة النفس تبعاً لها ، ومن هذا القبيل : التهديد بإتلاف جميع المال ، أو بقتل من يهم الإنسان أمره على رأي من جعل هذا التهديد إكراهاً . وسمي هذا النوع من الإكراه : ملجئاً ، لأنه يلجيء الفاعل ويضطره إلى مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس أو العضو ، وهو يفسد الاختيار ويعدم الرضا ، ولكن لا يعدم الاختيار .

وبيان ذلك : أن الاختيار : هو القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر ، أو بتعبير آخر : هو القصد إلى فعل الشيء أو تركه بترجيح من الفاعل ، وهذا المعنى لا يزول بالإكراه ، فالمكره يوقع الفعل بقصده إليه ، لأنه يختار ما هو أهون عليه وأيسر ، فإذا أوقع الفعل المكره عليه كان فعله ترجيحاً له على وقوع ما هدد به ولكن الفاعل لما كان غير مستقل بقصده ، وإنما اختياره مبني على اختيار الحامل وإكراهه ، كان اختيار الفاعل فاسداً .

أما انعدام الرضا بالإكراه ، فلأن الرضا هو الرغبة في الشيء والارتياح له ، وهذا لا يكون مع الإكراه .

ب ـ الإكراه غير الملجيء :

---

٢ ص ٨٣ . ويلاحظ هنا : إن بعض الفقهاء المذهب الحنبلي اشترطوا لتحقق الإكراه أن يمس الأذى فعلا المكره (الفاعل) ولا يكفي عندهم التهديد بإيقاعه فقط . ولكن الراجح في المذهب أن مجرد التهديد بالأذى يكفي : «المغني» ج ٧ ص ١١ .

(١) غير الحنفية يذكرون ما به يتحقق الإكراه:كالقتل والضرب المبرح والسجن ، ونحو ذلك مما يلحق بالمكره ضررا دون أن يقسموه إلى ملجيء وغير ملجيء . كما يجعلون الضرب اليسير والحبس القليل إكراها ، إذا كان الشخص من ذوي المروءات ، أما غيره فليس هذا إكراها بحقه ، وهذا تفصيل حسن . انظر «المغني» ج ٧ ص ١٢٠ ،«المهذب» للشيرازي ج ٢ ص ٨٣ .

وهو يكون بما لا يفوت النفس أو عضواً منها كالضرب أو الحبس. وهو لا يفسد الاختيار ولكن يعدم الرضا، وإنما لم يفسد به الاختيار لعدم الاضطرار إلى مباشرة ما أكره عليه، لتمكنه من الصبر على ما هدد به، بخلاف الأول.

١٣٦ ـ هل ينافي الإكراه الأهلية؟

الإكراه سواء كان ملجئاً أو غير ملجىء لا ينافي الأهلية بنوعيها، ولا يوجب سقوط الخطاب عن المكره «الفاعل». أما وجه عدم منافاته للأهلية بنوعيها، فلأنها ثابته بالذمة والعقل والبلوغ، والإكراه لا يخل بشيء منها. وأما إنه لا يسقط به الخطاب عن المكره «الفاعل»، فلأن ما أُكره عليه قد يكون إتيانه حراماً عليه، حتى إذا فعله أَثِم: كالقتل والزنا، وقد يكون فرضاً عليه حتى إنه اذا لم يفعله أثم: كشرب الخمر وأكل الميتة، وقد يكون رخصة حتى إنه إذا فعله لم يأثم، وإذا صبر ولم يفعله كان مأجوراً: كالنطق بكلمة الكفر وإتلاف مال الغير. وكل ذلك، أي الحرمة والفرض والرخصة علامة لثبوت الخطاب في حق المكره «الفاعل»، وكونه مخاطباً لأن هذه الأشياء لا تثبت بدون خطاب التكليف(١).

١٣٧ ـ أثر الإكراه في تصرفات المكره:

قبل بيان أثر الإكراه في تصرفات المكره«الفاعل»،أي بيان حكم تصرفاته، لا بد من ذكر القاعدة التي تبنى عليها أحكام تصرفات المكره «الفاعل» سواء كانت قوليه أو فعلية.

فالقاعدة عند الحنفية: ان الإكراه لا أثر له في إبطال وإهدار تصرفات المكره «الفاعل» قوليه كانت أو فعلية، وإنما أثره في تبديل نسبة هذه التصرفات إلى الحامل إن أمكنت هذه النسبة، فيثبت الحكم في حقه في هذه الحالة، وإذا لم تُمكن النسبة إلى الحامل بقي التصرف منسوباً إلى الفاعل وثبت الحكم في حقه، وإنما تمكن النسبة إلى الحامل كلما أمكن اعتبار الفاعل آلةً للحامل.

---

(١) «فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت» ج ١ ص ١٦٦٦ و «أصول» البرزدي وشرحه كشف الاسرار ج ٤ ص ١٥٠٣ ـ ١٥٠٤.

وعلى هذه القاعدة تكون تصرفات الفاعل منقسمة إلى هذين القسمين : ما تمكن نسبته إلى الحامل بجعل الفاعل آله له ، وما لا تُمكن نسبته إليه ، فيبقى منسوباً إلى الفاعل وحكمه عليه فقط .

والقاعدة عند غير الحنفية كالشافعية : إن الإكراه إن كان بحق كإكراه المدين على البيع وفاء للدين ، فلا أثر للإكراه هنا ، ويكون التصرف صحيحاً نافذاً ، وإن كان الإكراه بغير حق ينظر : إن كان الإكراه لا يبيح إتيان ما أكره عليه ، فالحكم يثبت على الفاعل كالإكراه على القتل ، وإن كان الإكراه يبيح إتيان ما أكره عليه سقط الحكم عن الفاعل ونفذ على الحامل إن كان ممكناً نسبة الفعل إليه كما في إتلاف مال الغير. وإذا لم تكن نسبته إلى الحامل ممكنة ، كالأقوال ، سقط ولم يترتب عليه أي حكم لا في حق الحامل ولا في حق الفاعل(١) .

١٣٨ ـ وبعد أن بيَّنا القاعدة عند الحنفية وغيرهم، نقول :
الإكراه إما أن يكون قولاً وإما أن يكون فعلاً ، ولكل منهما حكم يخصه على ضوء القاعدة السالفة حسب التفصيل الآتي :

أولاً : الأقوال :

إن كانت إقرارات كان الحكم عدم اعتبارها ، لأن اعتبار الإقرار إنما كان لترجيح جانب الصدق فيه ، وبالإكراه يترجح جانب الكذب فلا يعتبر .

وإن كانت من التصرفات القولية التي تحتمل الفسخ ولا تبطل بالهزل : كالنكاح والطلاق والرجعة ثبت حكمها ، وهو وقوعها صحيحة نافذة فلا أثر للإكراه فيها ، وهذا قول الحنفية . وحجتهم في ذلك : أن هذه التصرفات يترتب عليها أثرها بمجرد الإتيان بها عن اختيار ، لأن الشارع اعتبر التلفظ بها قائماً مقام إرادة معناها وحكمها ، بدليل وقوعها من الهازل ، مع أنه لم يقصد حكمها ولم يرد معناها ، فالمكره «الفاعل» أولى ، لأنه قصد إيقاعها واختار حكمها ، وإن كان اختياره فاسداً إذا كان الإكراه ملجئاً .

(١) «فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت» ج١ ص ٦٧ ـ ١٦٨ «التلويح» ج ٢ ص ١٩٦ ـ ١٩٧ .

أما إذا كانت التصرفات القولية إنشاءات تحتمل الفسخ ولا تصح مع الهزل: كالبيع، فإن أثر الإكراه فيها: الفساد، فتقع فاسدة لا باطلة وهذا عند الحنفية، وحجتهم: أن الإكراه يعدم الرضا لا الاختيار، والرضا شرط للصحة لا للانعقاد، فتقع هذه التصرفات منعقدة إلا أنها فاسدة، ثم إن أحكام هذه التصرفات القولية على النحو الذي بيناه تثبت في حق الفاعل لا الحامل، لأنه لا يمكن نسبتها إلى الحامل، لأن الإنسان لا يمكنه أن يتكلم بلسان غيره، فلا يمكن جعل الفاعل آلة للحامل فلا ينسب القول إليه، فلا يثبت الحكم في حقه.

وعند الشافعية والجعفرية والحنابلة وغيرهم: لا يترتب على قول المكره «الفاعل» حكم، بل تهدر أقواله، فلا يقع طلاقه ولا بيعه ولا أي تصرف قولي، وحجتهم من وجوه عديدة[1].

١ - إن الله أسقط عن المكره «الفاعل» حكم الكفر إذا نطق بكلمة الكفر، قال تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦] وأحكام الكفر أعظم من أحكام البيع والشراء ونحوهما، لأن الأول يترتب عليه فراق الزوجة والقتل وأخذ ماله، فإذا سقط الأعظم سقط الأصغر.

٢ - جاء الحديث برفع الحكم عن المكره «الفاعل»، فقد قال عليه الصلاة والسلام: «إنَّ الله وَضَعَ عن أُمتي الخَطأَ والنِّسيانَ وَما استُكرِهُوا عليه»، كما روي عنه عليه السلام: «لا طلاق في إغلاق» وفسر الإغلاق: بالإكراه. وعن الإمام علي بن أبي طالب: لا طلاق لمكره. ومثل هذا روي عن كثير من الصحابة.

٣ - القصد لما وضع له التصرف شرط جوازه، ولهذا لا يصح تصرف الصبي والمجنون. وهذا الشرط يفوت بالإكراه، لأن المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له، وإنما يقصد دفع مضرة السيف ونحوه عن نفسه.

---

(١) «الأم» للشافعي ج ٣ ص ٢٠ «أعلام الموقعين» ج ٣ ص ١٠٨ وج ٤ ص ٤٣ - ٤٤ والكاساني ج ٧ ص ١٨٢ - ١٨٤، «زاد المعاد» ج ٢ ص ٢٠٠، «المغني» ج ٧ ص ١١٨ والشيرازي ج ٢ ص ٨٣ والطوسي ج ٢ ص ٤٥٣ «منهاج الصالحين» للمجتهد محسن الحكيم ج ٢ ص ١٢٢ - ١٨٢.

٤ ـ المكره «الفاعل» يأتي باللفظ دفعاً للأذى عن نفسه غير قاصد لمعناه ولا مريد لحكمه، فينبغي أن لا يترتب أثر على قوله، بل يكون لغواً بمنزلة كلام المجنون والنائم ومن لا قصد له

ويرد الحنفية على هذه الأدلة: بأن الإكراه لا يعمل في الاعتقادات، ولهذا عفي عن المكره إذا نطق بكلمة الكفر. أما الحديث: «عفي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» فإن المراد به: الإكراه على الكفر، لأن القوم كانوا حديثي عهد بالإسلام، وكان الإكراه على الكفر ظاهراً آنذاك، وحتى لو كان المراد من الإكراه هنا: الإكراه على غير الكفر، فلا نسلم أن التصرف القولي مستكره عليه، لأن الإكراه لا يؤثر في الأقوال كما لا يؤثر في الاعتقادات، لأن أحداً لا يقدر على استعمال لسان غيره بالكلام فكان المتكلم مختاراً فيما يتكلم به، فلا يكون مكرهاً عليه حقيقة، فلا يتناوله الحديث.

أما أن القصد إلى ما وضع له التصرف شرط جوازه، فلا يسلم لهم، الا يرى أن طلاق الهازل يقع، وهو غير قاصد ما وضع له التصرف؟ وأيضاً حتى لو كان ما ذكروه شرطاً؛ فهو موجود هنا لأن المكره «الفاعل» قاصد دفع الهلاك عن نفسه، ولا يندفع إلا بالقصد إلى ما وضع له التصرف فكان قاصداً إليه ضرورة. أما الآثار المروية بعدم وقوع طلاق المكره، فتعارض بآثار أخرى نصت على وقوع طلاقه، فلا تكون آثارهم أولى بالقبول من آثارنا.

١٣٩ ـ القول الراجح:

الذي نختاره: هو قول الجمهور، أي عدم وقوع أي تصرف قولي من المكره، سواء أكان لا يحتمل الفسخ: كالطلاق والنكاح، أو يحتمله: كالبيع والإجارة، فتقع تصرفات المكره باطلة.

وما ذكره الحنفية لا ينهض حجة لما ذهبوا إليه، وكل ما ذكروه قابل للرد

والمنـاقشـة، ويكفينـا هنا أن ندرك بعض ما يُرَدّ به على الحنفية، فنقول: إن احتجاجهم بوقوع طلاق الهازل ونكاحه لا يفيد، للفرق بين الهازل والمكَره، فالهازل: يأتي بالسبب مختاراً عالماً بمعناه وبما يترتب عليه، أما المكره: فيأتي به مكرهاً قاصداً دفع الأذى عن نفسه، فهو بمنزلة من يحكي قول غيره، فأين هذا من ذاك، وكيف يتساويان في الحكم؟ والنص جاء بوقوع طلاق الهازل، فأين النص بوقوعه من المكره؟ ثم إن اعتبار التراضي في البيع يوجب اعتباره في النكاح من طريق أولى، لأ شأن الفروج أعظم من شأن المال، فإذا كان الله حرم أخذ مال الغير إلا بالتراضي، فالفروج أولى أن لا تحُلّ إلا بالتراضي الشرعي، ولهذا نُهِي الولي أن يُزَوِّج المرأة إلا برضاها[1].

وقولهم: إن الإكراه لا يعمل في الأقوال، مردود بأن النص القرآني لم يرتب أثراً على كلمة الكفر يقولها مكرهاً، وهذا دليل اعتبار الإكراه في الأقوال.

ثانياً: الأفعال:

وهي النوع الثاني من المكره عليه، وقد تكلمنا عن النوع الأول وهو الأقوال.
وخلاصة القول فيها: إن الإكراه إن كان غير ملجىء وأتى المكره «الفاعل» بالفعل، تحمل هو وحده مسؤولية فعله كاملة، وترتب عليه أثره كاملاً.

وأما إذا كان الإكراه ملجئاً فالأفعال بالنسبة إليه ثلاثة أقسام: -

القسم الأول:

الأفعال التي أباح الشارع إتيانها عند الضرورة: كشرب الخمر، وأكل الميتة، والخنزير. فهذا يباح للمكره «الفاعل» مباشرتها، بل يجب عليه إتيانها، فإذا امتنع أثم، لأن الله تعالى أباحها، وتناول المباح دفعاً للهلاك عن النفس واجب، فلا يجوز تركه.

---

(١) «نظرية العقد» للامام ابن تيمية ص ١٥٥.

القسم الثاني :

وهو الذي يرخص في فعله عند الضرورة ، فإذا فعله فلا إثم عليه ، وإن امتنع حتى لحقه الأذى كان مأجوراً ، ومن هذا القسم : إتيان أفعال الكفر وقلبه مطمئن بالإيمان . ومنه أيضاً : إتلاف مال الغير إلا أن الضمان يكون على الحامل لا على الفاعل ، لأن فعل الإتلاف يمكن أن ينسب إلى الحامل ، بجعل الفاعل آلة له فيثبت الحكم في حقه ، وهذا عند الحنفية والشافعية وغيرهم .

القسم الثالث :

لا يحل للمكره الإقدام عليه بأي حال من الأحوال : كقتل النفس ، فإن نفس الغير معصومة كنفسه ، ولا يجوز للإنسان أن يدفع الضرر عن نفسه بإضرار غيره ، فإن فعله كان آثماً . أما القصاص فيثبت في حق الحامل ، فيقتص منه ، لأن القتل يمكن أن ينسب إلى الحامل بجعل الفاعل آلة له ، والقصاص إنما يكون على القاتل لا على آلة القتل ، وهذا عند الحنفية بناء على أصلهم في باب الإكراه .

أما عند الشافعية وغيرهم : فالقصاص على الفاعل ، لأنه فعل ما لا يحل له بالإكراه ، فيثبت الحكم في حقه ويقتل الحامل أيضاً لكونه قاتلاً بالتسبب .

ومثل القتل : الزنا ، فالحكم يثبت في حق الفاعل عند الجميع ، لأن فعل الزنا لا يمكن أن ينسب إلى الحامل ، لأن الإنسان لا يمكن أن يزني بآلة غيره ، إلا أن الحنفية قالوا بسقوط العقوبة عن الزاني للشبهة ، والشافعية قالوا بإقامة الحد عليه بناء على أصلهم : وهو أن المكره «الفاعل» أتى ما لا يحل له فعله في الإكراه ، فيثبت الحكم في حقه ، ولا يمكن إثباته في حق الحامل هنا .

١٤٠ ـ الإكراه في القانون العراقي :

أ ـ في القانون المدني :

عرف القانون المدني العراقي الإكراه بقوله : «هو إجبار الشخص بغير حق على

أن يعمل عملاً دون رضاه»[1] . وجعل الإكراه قسمين : ملجئاً وغير ملجيء .

والأول : يكون بالتهديد بخطر جسيم محدق : كإتلاف النفس أو إتلاف خطير في المال .

والثاني : يكون بما هو دون ذلك : بالحبس والضرب حسب أحوال الناس .

وجعل التهديد بإيقاع ضرر بالزوج وبكل قريب ذي رحم محرم ، إكراهاً ملجئاً أو غير ملجيء ، بحسب الأحوال[2] . واعتبر تهديد الزوج لزوجته بالضرب أو بمنعها عن أهلها لتقوم بتصرف لمصلحته إكراهاً معتبراً[3] ، وبهذا يتفق من حيث الجملة مع رأي بعض الفقهاء الذين قالوا : إن أمر الزوج لزوجته لتقوم له بفعل تكرهه كأمر السلطان ، إذا كانت الزوجة تعلم أن مخالفته تستوجب الأذى الشديد ، فيتحقق الإكراه[4] .

وأخيراً فإن القانون اشترط لتحقق الإكراه ما اشترطه الفقهاء[5] .

أما أثر الإكراه ؛ فقد نص القانون على : أن عقود المكره « الفاعل » موقوفه ، سواء كان الإكراه ملجئاً أو غير ملجيء[6] . أما في الأفعال التي تنشأ عنها مسؤولية مدنية : كإتلاف المال أو النفس ، فقد نص القانون على : أن الفعل يضاف إلى الفاعل ، ويثبت أثره في حقه ، ولا يضاف إلى الحامل إلا إذا كان الفاعل مكرهاً إكراهاً ملجئاً[7] .

---

(١) الفقرة الأولى من المادة ١١٢.

(٢) الفقرة الأولى والثانية من المادة ١١٢ . والقانون المدني المصري جعل التهديد بخطر جسيم على النفس أو المال او الشرف إكراهاً المادة ١٢٧ الفقرة الثانية .

(٣) المادة ١٦.

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠.

(٥) المادة ١١٣ .

(٦) المادة ١١٥ ولم تفرق المادة في عدم نفاذ التصرف بين عقد قابل للفسخ أو غير قابل له . والقانون المدني المصري أجاز إبطال العقد للإكراه المادة ١٢٧ .

(٧) المادة ٢١٥ من القانون المدني العراقي .

والخلاصة : فإن القانون المدني العراقي لم يخرج فيما قرره من أحكام في باب الإكراه، عن أقوال الفقهاء دون تقيد بمذهب معين .

ب ـ في قانون الأحوال الشخصية :

نص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٩ على : أن طلاق المكره لا يقع(١) . وهو في هذا يتفق ورأي جمهور الفقهاء كما ذكرنا سابقاً .

جـ ـ في قانون العقوبات العراقي :

نص هذا القانون في مادته ٦٣ على أنه «لا يسأل جزائياً من ارتكب جريمة ألجأته إليها ضرورة وقاية نفسه ، أو غيره ، أو ماله ، أو مال غيره ، من خطر جسيم محدق ، لم يتسبب هو فيه عمداً ، ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى . . الخ»(٢)

فهذه المادة تنص على حالة الضرورة ، وترفع العقاب بسببها إذا توفرت الشروط المطلوبة . وحيث أن الضرورة تشمل الإكراه ، إذ لا يخرج الإكراه عن كونه صورة من صور الضرورة ، فإن هذه المادة تنطبق في حالة الإكراه على شرط أن يكون الإكراه بالتهديد بخطر جسيم يقع على جسم المكره ، أو غيره ، أو ماله ، أو مال غيره .

---

(١) الفقرة الأولى من المادة ٣٥ وفي مصر نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على عدم وقوع طلاق المكره .

(٢) ومثل هذا جاء في قانون العقوبات المصري المادة ٦١ منه .

الباب الثاني

أدلة الأحكام

١٤١ - تمهيد :

الأحكام الشرعية إنما تعرف بالأدلة التي أقامها الشارع لترشد المكلفين إليهم ، وتدلهم عليها ، وتسمى هذه الأدلة : بأصول الأحكام ، أو المصادر الشرعية للأحكام ، أو أدلة الأحكام ، فهي أسماء مترادفة والمعنى واحد .

والدليل في اللغة : ما فيه دلالة وإرشاد إلى أي أمر من الأمور .

وفي اصطلاح الأصوليين : ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري[١] ، والمطلوب الخبري : هو الحكم الشرعي .

وقد اشترط بعض الأصوليين في الدليل : أن يكون موصلاً إلى حكم شرعي على سبيل القطع ، فإن كان على سبيل الظن ، فهو أمارة لا دليل . ولكن المشهور عند الأصوليين أن هذا ليس بشرط ، فالدليل عندهم ما يستفاد منه حكم شرعي عملي على سبيل القطع ، أو على سبيل الظن[٢] .

والأدلة الشرعية لا تنافي العقول ، لأنها منصوبة في الشريعة لتعرف بها الأحكام وتستنبط منها ، فلو نافتها لفات المقصود منها . كما أن الاستقراء دل على جريان الأدلة على مقتضى العقول ، بحيث تقبلها العقول السليمة وتنقاد لمقتضاها[٣] .

---

(١) الآمدي ج ١٣ ص ١١ .

(٢) «المسودة» ص ٥٧٣ .

(٣) «الموافقات» الشاطبي ج ٣ ص ٢٧ - ٢٨ .

١٤٢ ـ تقسيمات الأدلة :

تقسم الأدلة إلى تقسيمات مختلفة بالنظر إلى اعتبارات مختلفة ، أي بالنظر إلى الجهة التي ينظر منها إليها . ونذكر فيما يلي تقسيمين من هذه التقسيمات :

التقسيم الأول :

من جهة مدى الاتفاق والاختلاف في هذه الأدلة ، وهي بهذا الاعتبار الأنواع التالية :

النوع الأول : وهو محل اتفاق بين أئمة المسلمين ، ويشمل هذا النوع الكتاب « القرآن » والسنة .

النوع الثاني : وهو محل اتفاق جمهور المسلمين ، وهو الإجماع والقياس . فقد خالف في الإجماع النظام من المعتزلة ، وبعض الخوارج[1] ، وخالف في القياس: الجعفرية[2] والظاهرية[3] .

النوع الثالث : وهو محل اختلاف بين العلماء ، حتى بين جمهورهم الذين قالوا بالقياس ، وهذا النوع يشمل : العرف[4] ، والاستصحاب ، والاستحسان ، والمصالح المرسلة ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابي . فمن العلماء من اعتبر هذا النوع من مصادر التشريع ، ومنهم من لم يعتبره .

التقسيم الثاني :

الأدلة من حيث رجوعها إلى النقل أو الرأي ، تنقسم إلى قسمين : نقلية وعقلية .

---

(١) « مذكرات في أصول الفقه » لأستاذنا الشيخ محمد الزفزاف ص ٦٣ .

(٢) « أصول الاستنباط » للعلامة السيد علي تقي الحيدري ج ٢ ص ٢٥٨ وما بعدها .

(٣) « الإحكام في أصول الأحكام » للإمام ابن حزم الظاهري ج ٧ ص ٥٣ وما بعدها .

(٤) العرف معتبر . والخلاف في اعتباره دليلا مستقلا .

النوع الأول : الأدلة النقلية : وهي الكتاب والسنة ، ويلحق بهذا النوع : الإجماع ، ومذهب الصحابي ، وشرع من قبلنا على رأي من يأخذ بهذه الأدلة ، ويعتبرها مصادر للتشريع . وإنما كان هذا النوع من الأدلة نقلياً ، لأنه راجع إلى التعبد بأمر منقول عن الشارع ، لا نظر ولا رأي لأحد فيه .

النوع الثاني : الأدلة العقلية : أي التي ترجع إلى النظر والرأي ، وهذا النوع هو القياس ، ويلحق به : الاستحسان ، والمصالح المرسلة . والاستصحاب ، وإنما كان هذا النوع عقلياً ، لأن مرده إلى النظر والرأي ، لا إلى أمر منقول عن الشارع .

وهذه القسمة التي ذكرناها إنما هي بالنسبة إلى أصول الأدلة ، أما بالنسبة إلى الاستدلال بها على الحكم الشرعي ، فكل نوع من النوعين مفتقر إلى الآخر ، لأن الاستدلال بالمنقول عن الشارع لا بدّ فيه من النظر واستعمال العقل الذي هو أداة الفهم ، كما أن الرأي لا يكون صحيحاً معتبراً إلا إذا استند إلى النقل ، لأن العقل المجرد لا دخل له في تشريع الأحكام(١) .

١٤٣ ـ مرجع الأدلة بأنواعها إلى الكتاب :

قلنا : إن الأدلة نوعان : نقلية وعقلية . وعند النظر نجد أن الأدلة الشرعية محصورة في الكتاب والسنة ، لأن الأدلة الثابته لم تثبت بالعقل ، وإنما ثبتت بالكتاب والسنة إذ بهما قامت أدلة صحة الاعتماد عليهـا ، فيكون الكتـاب والسنة مـرجع الأحكام ومستندها من جهتين : الأولى : جهة دلالتهما على الأحكام الجزئية الفرعية : كأحكام الزكاة والبيوع والعقوبات ، ونحوها . والثانية : دلالتهما على القواعد والأصول التي تستند إليها الأحكام الجزئية الفرعية : كدلالتهما على أن الإجماع حجة وأصل للأحكام ، وكذا القياس وشرع من قبلنا ، ونحو ذلك .

ثم إن مرجع السنة إلى الكتاب ، وذلك من وجهين :

الوجه الأول : إن العمل بالسنة ، والاعتماد عليها واستنباط الأحكام منها ،

---

(١) «الموافقات» للشاطبي ج ٣ ص ٤١ .

إنما دل على ذلك القرآن الكريم قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٥٩]، وقوله تعالى في مواضع كثيرة: ﴿أَطِيعُوا اللهَ وَالرَّسُولَ﴾ وتكراره يدل على عموم طاعته، سواء كان ما أتى به مما في الكتاب، أو مما ليس فيه، إلى نصوص أخرى تفيد هذا المعنى مثل قوله تعالى: ﴿وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ [الحشر: ٧]، وقوله: ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [النور: ٦٣].

الوجه الثاني: إن السنة إنما جاءت لبيان الكتاب الكريم وشرح معانيه، بدليل قوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤]، وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ﴾ [المائدة: ٦٧]، والتبليغ يشمل تبليغ الكتاب وبيان معانيه.

فالسنة: بيان للكتاب، وشارحه لمعانيه، ومفصلة لمجمله، كما سيأتي توضيح ذلك في بحث السنة.

وعلى هذا: فكتاب الله تعالى: «القرآن»: هو أصل الأصول، ومصدر المصادر، ومرجع الأدلة جميعاً(١).

١٤٤ - ترتيب الأدلة:

ذكرنا الأدلة المتفق عليها والمختلف فيها، وقلنا: إن الكتاب هو مرجع الأدلة جميعاً، ومصدر المصادر، فمن البديهي أن يكون مقدماً عليها في الرجوع إليه عند إرادة معرفة الحكم الشرعي؛ فإذا لم يوجد الحكم فيه وجب الرجوع إلى السنة، لأن السنة مبينة للكتاب وشارحة لمعانيه، فكان من البديهي الرجوع إليها عند عدم وجود الحكم في الكتاب، فإذا لم يوجد الحكم في السنة، لزم الرجوع إلى الإجماع، لأن مستند الإجماع نص من الكتاب أو السنة؛ فإن لم يكن إجماع في المسألة، وجب الرجوع إلى القياس.

فترتيب الأدلة في الرجوع إليها واستنباط الأحكام منها، يكون على هذا النحو: الكتاب، ثم السنة، ثم الإجماع، ثم القياس. وعلى هذا اتفق جمهور الفقهاء القائلين بحجية الإجماع والقياس، واعتبارهما مصدرين للأحكام التشريعية

(١) المرجع السابق ج ٣ ص ٤٢ - ٤٣.

بالإضافة إلى الكتاب والسنة، وقد دلّ على الترتيب الذي ذهب إليه الجمهور آثار كثيرة منها:

١ ـ إن رسول الله ﷺ قال لمعاذ، عندما أرسله إلى اليمن: كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجد؟ قال: أقضي بسنة رسول الله ﷺ، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله؟ قال: اجتهد برأيي ولا آلو. فضرب رسول الله ﷺ على صدره، وقال: الحمدُ لله الذي وفق رسولَ رسولِ الله لما يرضي رسولَ الله[١].

ووجه الدلالة بهذا الحديث: أن النبي عليه الصلاة والسلام أقره على الاجتهاد بالرأي إذا لم يجد الحكم في الكتاب والسنة، وما القياس إلا ضرب من ضروب الاجتهاد بالرأي.

٢ ـ عن ميمون بن مهران قال: كان أبو بكر الصديق إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله تعالى، فإن وجد فيه ما يقضي به، قضى به، وإن لم يجد في كتاب الله نظر في سنة رسول الله، فإن وجد فيها ما يقضي، به قضى به، فإن أعياه ذلك جمع رؤساء الناس فاستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به. وكان عمر بن الخطاب يفعل ذلك[٢].

٣ ـ قال عمر بن الخطاب لشريح قاضيه في الكوفة: اقض بكتاب الله، فإن لم تجد فبقضاء رسول الله، أي سنته، فإن لم تجد فاقض بما استبان لك من أئمة المهتدين، فإن لم تجد فاجتهد رأيك واستشر أهل العلم والصلاح[٣]. ومثل هذا كان يقول عبدالله بن مسعود[٤].

---

(١) «تيسير الوصول» لابن الديبع الشيباني ج ٤ ص ٥٥.

(٢) «أعلام الموقعين» ج ١ ص ٥١.

(٣) «أعلام الموقعين» ج ١ ص ١٧١.

(٤) «أعلام الموقعين» ج ١ ص ٥٢.

الفصل الأول

الدليل الأول

القرآن

١٤٥ ـ تعريفه ، وحجيته :

القرآن أشهر من أن يُعرَّف ، ومع هذا فقد اعتنى الأصوليون بتعريفه ، وذكروا له تعاريف شتى ، حرص كل منهم أن يكون تعريفه جامعاً مانعاً(١) .

ومن هذه التعاريف : «القرآن : هو الكتاب المنزل على رسول الله محمد ﷺ ، المكتوب في المصاحف ، المنقول إلينا عنه نقلاً متواترا بلا شبهة»(٢) .

ولا خلاف بين المسلمين أن القرآن حجة على الجميع ، وأنه المصدر الأول للتشريع ، بل حجة على جميع البشر . والبرهان على حجيته : أنه من عند الله ، والبرهان على أنه من عند الله : إعجازه ، كما سيأتي بيانه بعد قليل . وإذا ثبت كونه من عند الله ، بدليل إعجازه ، وجب اتباعه من قبل الجميع .

١٤٦ ـ خواص القرآن :

أولاً : أنه كلام الله المنزل على رسوله محمد ﷺ ، وعلى هذا لا تعتبر من القرآن الكتب السماوية الأخرى كالتوراة والإنجيل ، لأنها لم تنزل على محمد ﷺ .

---

(١) انظر هذه التعاريف في «حاشية الإزميري على مرآة الأصول» ج ١ ص ٨٦ ـ ٨٧ والآمدي ١ ج ص ٢٢ و«شرح مرقاة الوصول» ج ١ ص ٩٣ ـ ٩٦ و«التوضيح والتلويح» ج ١ ص ٣٦ و«المستصفى» للغزالي ١ ج ص ٦٥ .

(٢) «أصول» البزدوي ج ١ ص ٢١ ـ ٢٣ .

ثانياً: القرآن هو مجموع اللفظ والمعنى، وإن لفظه نزل باللسان العربي قال تعالى: ﴿إِنَّا جَعَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا﴾[الزخرف: ٣] فليس في القرآن الكريم لفظ غير عربي، قال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى: «جميع كتاب الله نزل بلسان العرب. وقال أيضاً: ليس من كتاب الله شيء إلا بلسان العرب»[١]. وعلى هذا لا تعتبر الأحاديث النبوية من القرآن، لأن ألفاظها ليست من الله، وإن كان معناها موحى بها من الله، وكذا لا يعتبر من القرآن تفسيره، ولو كان باللغة العربية، وكذا ترجمته إلى غير العربية، لا تعتبر من القرآن.

ثالثاً: أنه نقل إلينا بالتواتر، أي أن القرآن نقله قوم لا يتوهم اجتماعهم وتواطؤهم على الكذب، لكثرة عددهم وتباين أمكنتهم، عن قومٍ مثلهم، وهكذا إلى أن يتصل النقل برسول الله ﷺ، فيكون أول النقل كآخره، وأوسطه كطرفيه[٢]. وعلى هذا فما نقل من القراءات عن غير طريق التواتر لا يعتبر من القرآن، مثل ما روي عن عبدالله بن مسعود أنه قرأ قوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾ [البقرة: ١٩٦، المائدة: ٨٩] بزيادة كلمة «متتابعات» فهذه القراءة محمولة على أنها تفسير للثلاثة الأيام، بكونها متتابعات على رأي ابن مسعود[٣].

رابعاً: أنه محفوظ من الزيادة والنقصان لقوله تعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾ [الحجر: ٩] فلا نقص فيه ولا زيادة، ولن يستطيع مخلوق أن يزيد عليه شيئاً أو ينقص منه شيئاً، لأن الله تعالى تولى حفظه، وما تولى الله حفظه فلن تصل إليه يد العابثين المفسدين.

خامساً: أنه معجز، ومعنى ذلك عجز البشر أجمعين عن الإتيان بمثله، وقد ثبت

---

(١) «الرسالة» للإمام الشافعي ص ٤٠، ٤٢.

(٢) «أصول البزدوي» ج ١ ص ٢٨٢.

(٣) «المستصفى» للغزالي ج ١ ص ٥٦

إعجازه بتحدي القرآن للعرب المخالفين من أن يأتوا بمثله فعجزوا، ثم تحداهم بعشر سور فعجزوا، ثم تحداهم بسورة واحدة من سوره فعجزوا، قال تعالى: ﴿قُلْ لَئِن اجتَمَعَتِ الإنسُ والجنُّ على أنْ يأتوا بِمِثْلِ هذا القُرْآنِ لا يأتونَ بِمِثْلِهِ ولَوْ كان بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ ظَهيراً﴾[الإسراء: ٨٨] وقوله: ﴿أمْ يَقولونَ افتَرَاهُ قُل فأتوا بِعَشْرِ سُوَرٍ مِثْلِهِ مُفْتَرَيَاتٍ وادْعوا مَنِ استَطَعتُمْ مِن دونِ الله إن كُنتُمْ صادِقينَ﴾[هود: ١٣] وقوله: ﴿وإنْ كنتمْ في رَيْبٍ مما نَزَّلنا على عَبْدِنا فأتوا بِسورَةٍ مِنْ مثلِه وادْعوا شُهَدَاءَكُمْ مِنْ دون الله إنْ كنتُمْ صادقينَ فإنْ لَمْ تَفْعَلوا ولنْ تَفْعَلوا فاتَّقوا النَّارَ التي وَقُودُهَا النَّاسُ والحِجارةُ أُعِدَّتْ لِلكافِرينَ﴾ [البقرة: ٢٣، ٢٤].

ومع هذا التحدي الذي يستفز الهمم، ويبعث على المعارضة، عجز العرب عن المعارضة بالرغم من وجود المقتضي للمعارضة، وعدم المانع منها. أما وجود المقتضي، فلأن العرب كانوا حريصين كل الحرص على إبطال دعوة محمد ﷺ، فلو كانوا قادرين لجاءوا بما يعارض القرآن، ويبطل دعوة محمد ﷺ. وأما عدم المانع من المعارضة فلأنهم أهل البلاغة والفصاحة والمعرفة التامة باللغة العربية وأصحاب الحكم والسلطان، فلما ثبت عجزهم ثبت أن القرآن النازل بلغة العرب هو كتاب الله، وأن محمداً ﷺ هو رسول الله حقاً.

١٤٧ - وجوه إعجازه:

أما وجوه إعجازه فكثير منها:

١ - بلاغته التي بهرت العرب، وجعلتهم مشدوهين على نحو لم تعهد في كلام العرب من قبل، لا في منظوم ولا منثور، مع بقائها في مستوى عال في جميع أجزاء القرآن، وبالرغم من تناوله مواضيع شتى، وأحكاماً مختلفة، وبالرغم من نزوله في فترات متباعدة.

٢ - إخباره بوقائع تحدث في المستقبل، وقد حدثت فعلاً، من ذلك قوله تعالى: ﴿ألَمْ

﴿غُلِبَتِ الرُّومُ فِي أَدْنَى الْأَرْضِ وَهُمْ مِنْ بَعْدِ غَلَبِهِمْ سَيَغْلِبُونَ فِي بِضْعِ سِنِينَ﴾ [الروم: ١ - ٤].

٣ - إخباره بوقائع الأمم السابقة المجهولة أخبارها عند العرب جهلاً تاماً، لعدم وجود ما يدل عليها من آثار ومعالم، وإلى هذا النوع من الإخبار أشار قوله تعالى: ﴿تِلْكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهَا إِلَيْكَ مَا كُنْتَ تَعْلَمُهَا أَنْتَ وَلَا قَوْمُكَ مِنْ قَبْلِ هَٰذَا﴾[هود: ٤٩].

٤ - إشارته إلى بعض الحقائق الكونية التي أثبتها العلم الحديث، والتي لم تكن معروفة من قبل، من ذلك قوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنَّ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ كَانَتَا رَتْقًا فَفَتَقْنَاهُمَا وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ أَفَلَا يُؤْمِنُونَ﴾ [الأنبياء: ٣٠] ﴿وَأَرْسَلْنَا الرِّيَاحَ لَوَاقِحَ﴾ [الحجر: ٢٢].

١٤٨ - أحكام القرآن:

اشتمل القرآن على أحكام كثيرة متنوعة، يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول:

الأحكام المتعلقة بالعقيدة: كالإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر. وهذه هي الأحكام الاعتقادية، ومحل دراستها في: علم التوحيد.

القسم الثاني:

أحكام تتعلق بتهذيب النفس وتقويمها. وهذه هي الأحكام الأخلاقية، ومحل دراستها: علم الأخلاق، أو التصوف.

القسم الثالث:

الأحكام العملية المتعلقة بأقوال وأفعال المكلفين، وهي المقصودة بـ «الفقه»، والتي يهدف علم الفقه وأصوله إلى معرفتها والوصول إليها، وهذه الأحكام نوعان:

النوع الأول: العبادات: كالصلاة والصيام، والغرض منها: تنظيم علاقة الفرد بربه.

النوع الثاني: ما عدا العبادات وتسمى باصطلاح الفقهاء بالمعاملات، وهي تشمل الأحكام التي تدخل في نطاق القانون الخاص والقانون العام، حسب الاصطلاح القانوني الحديث. وهذه الأحكام يقصد بها: تنظيم علاقة الفرد بالفرد، أو الفرد بالجماعة، أو الجماعة بالجماعة، وهذه هي[1]: -

أ ـ الأحكام المتعلقة بالأسرة، وهي تدخل في نطاق ما يسمى: بقانون الأسرة، أو بمسائل الأحوال الشخصية: كالنكاح والطلاق والبنوة والنسب والولاية، ونحو ذلك، ويقصد بها بناء الأسرة على أسس قويمة، وبيان حقوق وواجبات أفرادها، وآيات هذه الأحكام نحو (٧٠) آية.

ب ـ الأحكام المتعلقة بمعاملات الأفراد المالية: كالبيع والرهن وسائر العقود، وهي تدخل في نطاق ما يسمى: بالقانون المدني، وآياتها نحو (٧٠) آية.

جـ ـ الأحكام المتعلقة بالقضاء والشهادة واليمين، ويقصد بها: تنظيم إجراءات التقاضي لتحقيق العدالة بين الناس، وهي تدخل فيما يسمى اليوم: بقانون المرافعات، وآياتها نحو (١٣) آية.

د ـ الأحكام المتعلقة بالجرائم والعقوبات، وهي تكون القانون الجنائي الإسلامي، وآياتها نحو (٣٠) آية، ويقصد بها: حفظ الناس وأعراضهم وأموالهم، وإشاعة الطمأنينة والاستقرار في المجتمع.

هـ ـ الأحكام المتعلقة بنظام الحكم، ومدى علاقة الحاكم بالمحكوم، وبيان حقوق وواجبات كل من الحاكم والمحكومين، وهي تدخل فيما يسمى: بالقانون الدستوري، وآياتها نحو (١٠) آيات.

و ـ الأحكام المتعلقة بمعاملة الدولة الإسلامية للدول الأخرى، ومدى علاقتها بها، ونوع هذه العلاقة في السلم والحرب، وما يترتب على ذلك من أحكام، وكذلك

---

(١) الشيخ عبد الوهاب خلاف المرجع السابق، ص ٧٠ وما بعدها.

بيان علاقة المستأمنين (الأجانب) مع الدولة الإسلامية. وهذه الأحكام منها ما يدخل في نطاق القانون الدولي العام، ومنها ما يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص، وآياتها نحو من (٢٥) آية.

ز - الأحكام الاقتصادية: وهي المتعلقة بموارد الدولة ومصارفها، وبحقوق الأفراد في أموال الأغنياء، وآياتها نحو من (١٠) آيات.

١٤٩ - بيان القرآن للأحكام:

قال تعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَاناً لِكُلِّ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٨٩] و ﴿مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنعام: ٣٨]، فالقرآن الكريم فيه بيان لجميع الأحكام الشرعية، إلا أن بيانه على نوعين:

النوع الأول: ذكر القواعد والمبادىء العامة للتشريع، وبيان الأحكام بصورة مجملة، فمن القواعد والمبادىء العامة التي تكون أساساً للتشريع وتفريع الأحكام، ما يأتي: -

أ - الشورى: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ﴾ [الشورى: ٣٨]. ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩].

ب - العدل: ﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾ [النحل: ٩٠]. ﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨].

جـ - الإنسان مأخوذ بجريرته، ولا يسئل عن ذنب غيره: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤، ...].

د - العقوبة بقدر الجريمة: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠].

هـ - حرمة مال الغير: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٨٨].

و - التعاون على الخير وما فيه نفع للأمة: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة ٢].

ز - الوفاء بالالتزامات: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

ح ـ الحرج مرفوع: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].
ي ـ الضرورات تبيح المحظورات: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣].

ومن الأحكام التي جاءت مجملة في القرآن ولم يفصل حكمها: الأمر بالزكاة، قال تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣]، ومثلها القصاص ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾ [البقرة: ١٧٩]، وقوله تعالى. ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨]، ولم يبين القرآن شروط القصاص وقد بينتها السنة. وكذلك البيع والربا، قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] فجاءت السنة ببيان البيع الحلال وشروطه، والربا الحرام وأنواعه. وهذا النوع من البيان للأحكام، وهو البيان الإجمالي، وهو الغالب في القرآن. والحكمة في مجيء أحكام القرآن على شكل قواعد ومباديء عامة: هي أن مجيئها على هذا النحو يجعلها تتسع لما يستجد من الحوادث، فلا تضيق بشيء أبداً.

النوع الثاني: الأحكام التفصيلية ـ وهي قليلة في القرآن، ومنها: مقادير المواريث، ومقادير العقوبات في الحدود، وكيفية الطلاق وعدده، وكيفية اللعان بين الزوجين، وبيان المحرمات من النساء ونحو ذلك.

١٥٠ ـ أسلوب القرآن في بيان الأحكام:

للقرآن أساليب مختلفة في بيان الأحكام، اقتضتها بلاغته وكونه معجزاً، وكتاب هداية وإرشاد، فهو يعرض الأحكام عرضاً فيه تشويق للامتثال وتنفير عن المخالفة والعناد. ولهذا نجد ما هو واجب قد ينص على وجوبه بصيغة الأمر ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢]، أو بأن الفعل مكتوب على المخاطبين ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: ١٨٣] ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ﴾ [البقرة: ١٧٨] وقد يكون بيان الواجب بذكر الجزاء الحسن والثواب لفاعله ﴿وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ﴾ [النساء: ١٣].

والمحرم قد يكون بيانه بصيغة النهي مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [الانعام: ١٥١] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥]، وقد يكون بالتوعد على الفعل أو بترتب العقوبة عليه، مثل قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: ١٠] وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَعْصِ اللهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا﴾ [النساء: ١٤].

وعلى هذا فيجب على كل من يريد استنباط الأحكام من القرآن أن يعرف هذه الأساليب في القرآن، وكيفية بيانه للأحكام وما يقترن بالنصوص مما يدل على الوجوب أو الحرمة أو الإباحة. ومن الضوابط والقواعد النافعة في هذا الباب ما يأتي:

١ ـ يكون حكم الفعل: الوجوب أو الندب، إذا جاء بالصيغة الدالة على الوجوب أو الندب، أو إذا ذكر في القرآن واقترن به مدح أو محبة أو ثناء له أو لفاعله، أو إذا اقترن به الجزاء الحسن والثواب لفاعله.

٢ ـ ويكون حكم الفعل: الحرمة أو الكراهة، إذا جاء ذكره بصيغة تدل على طلب الشارع لتركه والابتعاد عنه، أو إذا ذكر على وجه الذم له ولفاعله، أو أنه سبب للعذاب أو لسخط الله أو مقته، أو دخول النار، أو لعن فاعله، أو وصف الفعل بأنه رجس أو فسق أو من عمل الشيطان، أو وصف فاعله بالبهيمة أو بالشيطان، ونحو ذلك.

٣ ـ ويكون حكم الفعل: الإباحة، إذا جاء بلفظ يدل على ذلك: كالإحلال، والإذن، ونفي الحرج، أو نفي الجناح، أو الانكار على من حرم الشيء، ونحو ذلك.

١٥١ ـ دلالة القرآن على الأحكام:

قدمنا أن القرآن قطعي الورود، أي ثابت قطعاً لوصوله إلينا بطريق التواتر المفيد للعلم اليقيني بصحة المنقول. فأحكامه إذن قطعية الثبوت، إلا أن دلالته على الأحكام قد تكون قطعية وقد تكون ظنية.

فتكون قطعية : إذا كان اللفظ لا يحتمل إلا معنىً واحداً فقط ، ففي هذه الحالة تكون دلالة اللفظ على الحكم دلالة قطعية ، مثل قوله تعالى : ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء:١٢]، وقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ والزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور:٢]، فالنصف والربع والمئة كلها قطعية الدلالة على مدلولها، ولا يحتمل أي واحد منها إلامعنىً واحداً فقط هو المذكور في الآية .

وتكون دلالته ظنية : إذا كان اللفظ يحتمل أكثر من معنى ، فتكون دلالة اللفظ على الحكم دلالة ظنية ، مثل قوله تعالى : ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فلفظ «القروء» يحتمل أن يراد به الاطهار، ويحتمل أن يراد به به الاطهار، ويحقل أن يراد به الحيضات، فمع هذا الاحتمال تكون دلالة الآية على الحكم ظنية لا قطعية .

الفصل الثاني

الدليل الثاني

السنة

١٥٣ ـ تعريف السنة:

للسُّنَّة معنى في اللغة، ومعنى في اصطلاح الفقهاء، ومعنى عند الأصوليين.

فالسنة في اللغة: عبارة عن الطريقة المعتادة المحافظ عليها، التي يتكرر الفعل بموجبها. ومنه قوله تعالى: ﴿سُنَّةَ اللهِ فِي الَّذِينَ خَلَوْا مِنْ قَبْلُ وَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّةِ اللهِ تَبْدِيلًا﴾ [الأحزاب: ٦٢]. وسنة الإنسان: طريقته التي يلتزم بها فيما يصدر عنه، ويحافظ عليها، سواء أكان ذلك فيما يحمد عليه، أو يذم.

وفي اصطلاح الفقهاء، على ما قاله البعض: ما كان من العبادات نافلة منقولة عن النبي ﷺ، أي ما ليس بواجب منها(١). ولكن المستفاد من كتب فروع الفقه: أنها تطلق عند الفقهاء على ما هو مندوب من العبادات وغيرها، وقد تطلق كلمة «السنة» في كلام بعض الفقهاء على ما يقابل «البدعة»، فيقال: فلان على سنة، إذا عمل وفق عمل النبي ﷺ، وفلان على بدعة، إذا عمل على خلاف ذلك.

وفي اصطلاح الأصوليين، السنة: ما صدر عن النبي ﷺ، غير القرآن، من قول أو فعل أو تقرير(٢). فهي بهذا الاعتبار دليل من أدلة الأحكام، ومصدر من

---

(١) الشوكاني ص ٣٣. الآمدي ج ١ ص ٢٤١

(٢) «حاشية» الإزميري ج ٢ ص ١٩٦ والآمدي ج١ ص ٢٤١. يلاحظ هنا: ان الجعفرية =

مصادر التشريع .

١٥٣ ـ السنة مصدر للتشريع :

قلنا : إن السنة مصدر تستنبط منه الأحكام التشريعية . وقد دل على ذلك الكتاب ، والإجماع ، والمعقول .

أولاً ـ الكتاب :

أ ـ دل الكتاب على أن ما ينطق به النبي ﷺ على وجه التشريع ، مبناه الوحي ، أي مصدره الوحي من الله ، قال تعالى : ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَى إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى﴾ [النجم : ٣ ، ٤] ، فقوله ﷺ كالقرآن ، من جهة أن الاثنين مصدرهما وحي من الله ، إلا أن السنة موحى بها بالمعنى فقط .

وحيث أن القرآن واجب الاتباع لأنه من الله ، فكذا أقوال الرسول ﷺ ، لأن معناها ـ وهو المقصود من الكلام ـ من الله أيضاً .

ب ـ أعطى الله تعالى نبيه ﷺ وظيفة البيان لمعاني القرآن ، والشرح لأحكامه المجملة ، قال تعالى : ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل : ٤٤] ، فيكون بيانه متمماً للقرآن ، وضرورياً لاستفادة الحكم الشرعي ومعرفة المطلوب ، فتكون دليلاً من أدلة الأحكام .

جـ ـ النصوص الكثيرة جداً الواردة في القرآن التي تدل بصورة قاطعة على لزوم اتباع السنة ، والالتزام بها ، واعتبارها مصدراً للتشريع ، واستفادة الأحكام منها . وقد جاءت هذه النصوص دالة على ما ذكرنا بأساليب متنوعة ، وصيغ مختلفة ، فهي تأمر بطاعة الرسول وتجعل طاعته طاعة لله ، وتأمر برد المتنازع فيه إلى الله وإلى الرسول ، أي إلى كتابه وسنة نبيه ، وتأمر بأخذ ما يأتينا به الرسول والابتعاد

= يعتبرون من السنة أيضاً ما نقل عن أئمتهم المعصومين من قول أو فعل أو تقرير . «محاضرات في أصول الفقه الجعفري» لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ص ١٢٢ .

عما ينهانا عنه، وتصرح أن لا إيمان لمن لا يحكّم رسول الله فيما يختلف فيه مع غيره، وتقول: أن لا اختيار لمسلم فيما قضى به رسول الله، وتحذر المخالفين لأمره من سوء العاقبة، والعذاب الأليم(١).

ثانياً: الإجماع:

فقد اجتمع المسلمون من عهد النبي ﷺ، وحتى يومنا هذا، على وجوب الأخذ بالأحكام التي جاءت بها السنة النبوية، وضرورة الرجوع إليها لمعرفة الأحكام الشرعية، والعمل بمقتضاها. فما كان الصحابة، ولا من جاء بعدهم، يفرقون بين حكم ورد في القرآن، وبين حكم وردت به السنة، فالجميع عندهم واجب الاتباع، لأن المصدر واحد وهو وحي الله. والوقائع الدالة على إجماعهم كثيرة لا تحصى، ذكرنا أمثلة منها عند الكلام عن الأدلة، وترتيبها في الاستدلال.

ثالثاً ـ المعقول:

ثبت بالدليل القاطع: أن محمداً ﷺ رسول الله، ومعنى الرسول: هو المبلغ من الله، ومقتضى الإيمان برسالته: لزوم طاعته، والانقياد لحكمه، وقبول ما يأتي به، وبدون ذلك لا يكون للإيمان به معنى. ولا تتصور طاعة الله والانقياد إلى حكمه، مع المخالفة لرسوله ﷺ.

١٥٤ ـ تساؤل:

ولكن هل جميع ما صدر عن النبي ﷺ له هذا المقام، أي مقام لزوم الاتباع والاستدلال به على الحكم الشرعي، أم لا؟ وهل كل ما صدر عن النبي ﷺ يصلح

---

(١) من هذه النصوص ما يأتي: ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرّسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيءٍ فَرُدُّوه إلى الله والرسولِ إن كنتم تؤمنونَ بالله واليوم الآخر﴾ [النساء: ٥٩]. ﴿ من يُطعِ الرسول فقد أطاع الله ﴾ [النساء: ٨٠]. ﴿ وَمَا آتاكُمْ الرّسولُ فَخُذوه وما نَهاكُم فانْتَهوا﴾ [الحشر: ٧]. ﴿ فلا وَرَبك لا يؤمنون حتى يُحكّموك فيما شَجَر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قَضَيْتَ ويُسَلِّموا تَسْليماً﴾ [النساء: ٦٥]. ﴿ومَا كان لمؤمنٍ ولا مؤمنةٍ إذا قَضى الله ورسولُه أمراً أن يكون لهم الخيرةُ من أمرِهم﴾ [الأحزاب: ٣٦].

أن يكون مصدراً للتشريع ، أم لا؟

للجواب على هذين السؤالين لا بد من الكلام عن أنـواع السنة من حيث ماهيتها ، أي ذاتها ، ثم الكلام عن أنواعها من حيث ورودها إلينا .

١٥٥ ـ أنواع السنة من حيث ماهيتها :

السنة من حيث ماهيتها ، أي ذاتها ، تنقسم الى ثلاثة أقسام : سنة قولية ، وسنة فعلية ، وسنة تقريرية .

أولاً ـ السنة القولية :

وهي أقوال الرسول ﷺ ، التي قالها في مناسبات مختلفة ، وأغـراض شتى ، وهي التي يطلق عليها اسم الحديث عادة ، فإذا أطلق هذا الاسم تبادر إلى الفهم : أن المقصود به السنة القولية . فهي بهذا الاعتبار مرادفة للفظ «الحديث» ، ويكون الأخير أخص من السنة بمعناها العام . ومع هذا ، فإن بعض العلماء يجعل معنى «الحديث» ما أثر عن النبي ﷺ ، أي ما نسب إليه من قول أو فعل أو تقرير . وبهذا المعنى يكون لفظ الحديث مرادفاً للفظ السنة بمعناها العام . وبهذا الاعتبار سمى الإمام البخاري كتابه الشهير «بالصحيح من الحديث» ، مع أنه اشتمل على ما نسب إلى النبي ﷺ من أقوال وأفعال وتقريرات .

والسنة القولية كثيرة جداً ، منها : «العمد قود» ، و «لا ضرر ولا ضرار» ، و «مَنْ رأى منكم مُنكَراً فَلْـيُغَيِّـرْهُ بيده ، فمَنْ لم يستطع فبلسانه ، فمن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الايمان» .

وأقوال النبي ﷺ إنما تكون مصدراً للتشريع ، إذا كان المقصود بها بيان الأحكام أو تشريعها ، أما إذا كانت في أمور دنيوية بحته لا علاقة لها بالتشريع ، ولا مبنية على الوحي ، فلا تكـون دليلاً من أدلـة الأحكام ، ولا مصـدراً تستنبط منه الأحكـام الشرعية ، ولا يلزم اتباعها . ومن ذلك ما روي : أنه عليه السلام رأى قوماً في المدينة يؤبرون النخل ، فأشار عليهم بتركه ، ففسد الثمر ، فقال لهم : أبروا ، أنتم أعلم

بأمور دنياكم .

ثانيا ـ السنة الفعلية :

وهي ما فعله ﷺ : كأداء الصلاة بهيآتها وأركانها . ومثل قضائه بشاهد واحد ويمين المدعي ، ونحو ذلك . وأفعاله ﷺ منها ما يكون مصدراً للتشريع ، ومنها ما لا يكون(١) . وهاك البيان :

أ ـ أفعاله الجبلية ، أي التي تصدر منه بحسب الطبيعة البشرية ، وبصفته إنساناً : كالأكل ، والشرب ، والمشي ، والقعود ، ونحو ذلك ، فهذه لا تدخل في باب التشريع إلا على اعتبار إباحتها في حق المكلفين ، فلا تجب متابعة الرسول في طريقة مباشرته لها ، وإن كان بعض الصحابة يحرص على هذه المتابعة كعبدالله ابن عمر ، وهذه المتابعة أمر حسن .

ويلحق بهذا النوع في عدم اعتباره مصدراً للتشريع : ما صدر عنه بمقتضى خبرته الانسانية في الأمور الدنيوية، مثل :تنظيم الجيوش ، والقيام بما يقتضيه تدبير الحرب ، وشؤون التجارة، ونحو ذلك . فهذه الأفعال لا تُعتَبَر تشريعاً للأمة ، لأن مبناها التجربة لا الوحي ، والرسول صلى الله عليه وسلم لم يُلزِم المسلمين بها ، ولم يعتبرها من قَبِيل تشريع الأحكام ، ولهذا لما أراد النزول بالمسلمين في مكان معين في غزوة بدر، قال له بعض الصحابة : أهذا منزل أنزَلَك الله فيه ، أم هو الرأي والحرب والمكيدة؟ فقال ﷺ : بل هو الرأي والحرب والمكيدة، فقال الصحابي: ليس هذا بمنزل، وأشار على الرسول ﷺ بإنزال الجيش في مكان آخر عينه له، لأسباب بينها للنبي ﷺ ، فأخذ بقوله . ويلحق بهذا النوع أيضاً ـ في عدم اعتباره مصدراً للتشريع ـ: إثبات وقائع الدعوى التي ينظر فيها، لأن ذلك أمر تقديري له، وليس تشريعاً للأمة ، أما حكمه على فرض ثبوت وقائع الدعوى، فهو تشريع للأمة ، ولهذا قال ﷺ : «إنما أنا بَشَرٌ مثلُكم ، وإنكم تختَصِمُونَ إلي، ولعلّ بعضَكم أن يكونَ ألحَنَ بحجته من بعض ، فأقضي له

---

(١) «شرح مسلم الثبوت» ج ٢ ص ١٨١ الآمدي ج ١ ص ٢٤٧ ـ ٢٤٨ الشوكاني ص ٣٥ ـ ٣٦ .

بنحوِ ما أسمع، فمَن قضَيْتُ له بشيءٍ من حقِّ أخيه، فإنما أقطَع له قطعة منَ النارِ[1]»، ومعنى: ألحن - أي أقْوَم بها منه، وأقدر عليها.

ب - ما ثبت كونه من خواصه ﷺ، فهو له وحده، ولا تشاركه الأمة فيه: كاختصاصه بالوصال في الصوم، والزيادة في النكاح على أربع، وغير ذلك، فهذه الأمور خاصة به، ولا يصح متابعة الرسول فيها. ففي النكاح: قام الدليل على اقتصار الإباحة لحد أربع زوجات، وفي الوصال في الصوم: ورد النهي عنه في حق الأمة.

جـ - ما عرف أن فعله ﷺ بيان لنص مجمل جاء في القرآن. فبيانه تشريع للأمة ويثبت الحكم في حقنا، ويكون حكم الفعل الذي صدر منه في هذه الحالة، كحكم النص الذي بينه الفعل من الوجوب والندب وغيرهما.

ويكون الفعل بياناً للمجمل إما بصريح المقال، أو بقرائن الأحوال. فمن الأول: قوله ﷺ: «صَلُّوا كَمَا رَأيتُمُوني أصلي»، وقوله: «خذوا عني مناسككم»، أي مناسك الحج. فأداؤه الصلاة، بيان للصلاة التي أمرنا الله بها بقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾، وأداؤه مناسك الحج، بيان للحج المفروض علينا بقوله تعالى: ﴿و لله عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾ [آل عمران: ٩٧]. أما قرائن الحال الدالة على البيان، فمثل: قطعه، أو أمره بقطع يد السارق من الكوع. فهذا الفعل بيان للمراد من قوله: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] وهذا على رأي من اعتبر النص القرآني الوارد بقطع اليد نصاً مُجملاً، أما من اعتبر «اليد» لفظاً مطلقاً، فإنه اعتبر فعل النبي ﷺ مقيداً له، وهو أيضاً من ضروب البيان.

د - ما فعله الرسول ﷺ ابتداء، وعرفت صفته الشرعية من وجوب وندب وإباحة، فإنه تشريع للأمة، فيثبت حكم ما فعله في حق المكلفين لقوله تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ

---

(١) «تيسير الوصول إلى جامع الأصول من حديث الرسول» ج ٤ ص ٥٦.

لَكُمْ فِي رَسُولِ اللهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾ [الأحزاب: ٢١].

هـ ـ ما فعله ﷺ ولم تعرف صفته الشرعية، ولكن عرف أن في الفعل قصد القربة، كقيامه ببعض العبادات دون مواظبة عليها، فإن الفعل يكون مستحباً في حق الأمة. أما إذا لم يعرف في الفعل قصد القربة، فإن الفعل يكون دالاً على إباحته في حق الأمة: كالمزارعة، والبيع، ونحو ذلك.

ثالثاً ـ السنة التقريرية:

وهي سكوت النبي ﷺ على إنكار قول، أو فعل صدر في حضرته، أو في غيبته وعلم به. فهذا السكوت يدل على جواز الفعل وإباحته، لأن الرسول عليه السلام لا يسكت عن باطل أو منكر. ومن أمثلة هذا النوع من السنة: سكوته وعدم إنكاره لعب الغلمان بالحراب في المسجد، وسكوته عن غناء جاريتين كانتا تغنيان بغناء حماسي في يوم عيد.

ومثل السكوت في الدلالة على جواز الفعل، استبشاره ﷺ به، أو إظهار رضاه عنه، أو استحسانه له، بل هذا الرضا أو الاستحسان أظهر في الدلالة على جواز الفعل من مجرد سكوته.

ويلاحظ هنا: ان إباحة الفعل المستفادة من سكوت النبي ﷺ لا تعني أن الفعل لا يكون إلا جائزاً فقط، فقد يكون الفعل واجباً بدليل آخر، وعلى هذا فمجرد سكوت النبي ﷺ لا يفيد أكثر من إباحة الفعل(١)، وقد يستفيد الفعل صفة الوجوب أو الندب من دليل آخر.

١٥٦ ـ أنواع السنة من حيث ورودها إلينا:

السنة من حيث طرق وصولها إلينا ـ أي من حيث روايتها، وهو ما يعبر عنه

---

(١) «الإحكام في أصول الأحكام» لابن حزم ج ٢ ص ٦.

بسند السنة ـ تنقسم إلى ثلاثة أقسام : سنة متواترة ، وسنة مشهورة ، وسنة آحاد . وهذا التقسيم عند الحنفية .

أما عند الجمهور، فالسنة قسمان: الأول ـ سنة متواترة، والثاني ـ سنة الآحاد. أما السنة المشهورة،فهي عندهم قسم من أقسام سنة الآحاد،ولا يجعلونها قسماً قائماً بنفسه كما يفعل الحنفية(١). وسنتبع التقسيم الثلاثي، فنتكلم عن كل قسم من هذه الأقسام على حدة.

١٥٧ ـ أولاً : السنة المتواترة :

ويمكن تعريفها: بأنها التي رواها جمع كثير، تحيل العادة تواطأهم على الكذب ، أو وقوعه منهم من غير قصد التواطؤ، عن جمع مثلهم ، حتى يصل المنقول إلى النبي عليه الصلاة والسلام ، ويكون مستند علمهم بالأمر المنقول عن النبي ﷺ المشاهدة أو السماع(٢).

ويتضح لنا من هذا التعريف : أن شروط التواتر هي: -

أ ـ أن يكون الرواة للسنة جمعاً كثيراً ، يمتنع تواطؤهم على الكذب ، أو وقوعه منهم من دون قصد حسب العادة . فلا يشترط للتواتر عدد معين ، بل يعتبر ما يفيد العلم على حسب العادة في سكون النفس إليهم ـ أي إلى الرواة ـ، وعدم تأتي التواطيء على الكذب منهم ، إما لفرط كثرتهم ، وإما لصلاحهم ودينهم ، ونحو ذلك ، كما لا يشترط لتحقق التواتر أن يجمع الناس كلهم على التصديق به(٣)، بل ضابطه : حصول العلم الضروري به ، فإذا حصل ذلك علمنا أنه متواتر ،

---

(١) «شرح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر» للحافظ ابن حجر العسقلاني ص ٦ ـ ٨ ،«المستصفى» ج ١ ص ٩١، الشوكاني ص ٤٩ .

(٢) العسقلاني ص ٣ ـ ٤ الشوكاني ص ٤٦ «المستصفى» ج ١ ص ٩٠.

(٣) «المسودة» ص ٢٣٣ ـ ٢٣٥ .

وإلا فلا .

ب ـ أن يكون الرواة في كل طبقة من طبقات الرواية بهذا الوصف الذي ذكرناه في الشرط الأول .

جـ ـ أن يكون مستند علم الرواة مستفاداً عن طريق المشاهدة ، أو السماع . ويترتب على هذا الشرط أمران ، الأول : إذا لم يكن الرواة عالمين بالمخبر به ، بأن كانوا ظانين ، فإن الشرط لا يتحقق ، وبالتالي لا يتحقق التواتر. والثاني : إذا كان علم الرواة مستنداً إلى أمر عقلي غير محسوس ، فلا يتحقق التواتر .

فإذا تحققت شروط التواتر ، أفاد الخبر اليقين ، والعلم الضروري ، وهو الذي يضطر إليه الإنسان بحيث لا يمكن دفعه(۱)، لأن الثابت بالتواتر كالثابت بالمعاينة(۲). وعلى هذا فالسنة المتواترة مقطوع بصحة نسبتها إلى الرسول ﷺ دون أي شك ، فتكون دليلاً من أدلة الأحكام ، ومصدراً تشريعياً لها ، بلا خلاف بين المسلمين(۳).

١٥٨ ـ أنواع السنة المتواترة :

السنة المتواترة قد تكون قولية ، وقد تكون فعلية . والأولى قليلة ، والثانية كثيرة ، ونتكلم عنهما بإيجاز شديد .

السنة المتواترة القولية : وهي نوعان : لفظي ، ومعنوي .

فالنوع الأول : ما تواتر لفظه ، مثل قوله عليه الصلاة والسلام : «مَن كَذَبَ عَليَّ مُتَعَمِّداً فَلْيَتَبَوَّأْ مَقْعَدَه مِنَ النَّار» .

---

(۱) «قواعد التحديث» للقاسمي ص ۱۲۸ ، العسقلاني ص ٤ ، «المسوّدة» ص ۲۳۳.

(۲) «أصول» السرخسي ج ۱ ص ۲۹۱.

(۳) «الإحكام في أصول الأحكام» لابن حزم الأندلسي ج ۱ ص ۱۰٤ القاسمي ص ۱۲۸

والمعنوي : هو ما تواتر المعنى المشترك فيه دون تواتر لفظه ، أي ما تختلف ألفاظ الرواة فيه ، ولكنها كلها تشتمل على معنى واحد في جميع الروايات . ولا يلزم في هذا النوع أن يكون أصحاب كل رواية على حدة قد بلغوا حد التواتر، ولكن المعنى المشترك يشترط فيه بلوغ حد التواتر، باعتبار مجموع الروايات. ومثال هذا النوع: كون الأعمال مبناها النية ، وأن اعتبارها بها. فهذا المعنى روي عن النبي عليه الصلاة والسلام بصورة متواترة، إذ وردت به أخبار كثيرة تبلغ حد التواتر في دلالتها على هذا المعنى، وإن كان كل خبر لم يبلغ بنفسه حد التواتر، فمن هذا: الأخبار المروية عن النبي عليه السلام : «إنّما الأعمالُ بالنياتِ، وإنّما لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوى»، وقوله : «مَنْ قَاتَل لِتَكُونَ كَلِمةُ الله هي العُليا فَهُوَ في سَبيلِ الله» ، و «رُبَّ قَتيلٍ بين الصَّفَّينْ الله أَعْلَمُ بِنِيَّتِه» ، وغير ذلك من الاخبار الكثيرة الدالة على أن اعتبار العمل إنما يكون بالنية. فهذا المعنى تواتر عن النبي عليه الصلاة والسلام، إذا جاء في أخبار كثيرة أجمعت على هذا المعنى، وإن اختلفت الألفاظ وتنوعت القضايا[1] .

١٥٩ ـ ثانياً: السنة المشهورة:

وهي التي رواها عن النبي ﷺ واحد أو اثنان ، أي عدد لم يبلغ حد التواتر، ثم تواترت في عصر التابعين، وعصر تابعي التابعين، بأن كان رواتها جموعاً لا يتوهم تواطؤهم على الكذب[2] . فالسنة المشهورة، إذن : هي التي كانت في الأصل من سنن الآحاد، أي ما نقلهـا عن النبي ﷺ عدد دون عـدد التواتـر، ثم اشتهرت وتواترت في القرن الثاني والثالث، وهما عصرا التابعين وتابعي التابعين[3] . ومن هذا

---

(١) «التعريف بالقرآن والحديث» لأستاذنا الزفزاف ص ٢٤٠ ـ ٢٤١ والقاسمي ص ١٢٨ ـ ١٢٩.

(٢) «مسلم الثبوت» ج ٢ ص ١١١ و «حاشية» الإزميري ج ٢ ص ١٩٦ .

(٣) عصر التابعين هو العصر الذي تبع عصر صحابة الرسول ﷺ.وعصر تابعي التابعين هو الذي تلا عصر التابعين . ولا عبرة بالتواتر أو الشهرة بعد هذه العصور الثلاثة ، لأن السنن قد دونت هذه العصور وشاعت واشتهرت ونقلتها الكافة عن الكافة.

التعريف يتضح لنا بجلاء: أن السنة المشهورة غير مقطوع بصحة نسبتها إلى الرسول ﷺ، ولكنها مقطوع بصحة نسبتها إلى الراوي لها عن الرسول. ولهذا قال الحنفية عنها: أنها تفيد ظناً قوياً كأنه اليقين، وهو ما يسمى بعلم الطمأنينة، بصحة نسبتها إلى الرسول ﷺ، وهي بمنزلة السنة المتواترة عند الحنفية من جهة لزوم العمل بها، وجعلها مصدراً تشريعياً، ودليلاً من أدلة الأحكام، ومن هذا النوع حديث: «إنما الأعمال بالنياتِ، وإنَّما لكل امرىءٍ ما نَوى»، و «تحريم نِكَاحِ المرأة على عمتها أو على خالَتِها»(١).

١٦٠ ـ ثالثاً: سنة الآحاد:

وهي ما رواها عن النبي ﷺ عدد لم يبلغ حد التواتر، وذلك في عصر التابعين وعصر تابعي التابعين. فهي ما ليست سنة متواترة، ولا مشهورة، على قول الحنفية. وما ليست متواترة على قول غيرهم(٢). وهي عند الجمهور: تفيد الظن الراجح بصحة نسبتها إلى الرسول ﷺ، وتفيد العلم لا الظن عند الظاهرية وبعض أهل الحديث. ولكن هل تعتبر هذه السنة من أدلة الأحكام؛ فيجب العمل بها، أم لا ؟ وإذا قلنا بالإيجاب، فما هي الشروط اللازمة لذلك؟ هذا ما سنجيب عليه فيما يلي(٣):

١٦١ ـ سنة الآحاد واجبة الاتباع، ومصدر للتشريع:

لا خلاف بين المسلمين أن سنة الآحاد حجة على المسلمين في وجوب العمل

---

(١) «أصول» السرخسي ج ١ ص ٢٩٢.

(٢) «مُسلَّم الثبوت» ج ٢ ص ١١١.

(٣) «أصول» السرخسي ج ١ ص ٣٢١. «الإحكام» لابن حزم ج ١ ص ١٠٨ وما بعدها، ومحاضرات في أصول الفقه الجعفري» لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ص ١٣٠ وما بعدها الشوكاني ص ٤٩. «المستصفى» ج ١ ص ٩٣. العسقلاني ص ٨ ـ ٩. «مسلَّم الثبوت» ج ٢ ص ١٢٢. الآمديَ ج ٢ ص ٤٧ وما بعدها.

بها ، والتقيد بأحكامها ، وجعلها دليلاً من أدلة الأحكام . والبرهان على ذلك من وجوه عديدة ، نذكر منها ما يلي :

١ ـ قوله تعالى : ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنْذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾[التوبة : ١٢٢]. والطائفة في اللغة تطلق على الواحد ، فلولا أن خبر الواحد حجة في العمل ، لما كان لإنذار مَنْ يتفقه في الدين فائدة .

٢ ـ تواتر عن الرسول ﷺ إرسال أمرائه وقضاته ورسله وسعاته إلى الافاق ، وهم آحاد ، ولا يرسلهم إلا لقبض الصدقات ، وحل العهود وتقريرها ، وتبليغ أحكام الشرع ، وكان ﷺ يلزم أهل النواحي قبول قول من يرسلهم إليهم ،ولو لم يكن خبر الواحد حجة لما أمرهم بذلك .

٣ ـ إن العامي بالإجماع مأمور باتباع المفتي وتصديقه ، مع أنه ربما يخبر عن ظنه . فالذي يخبر بالسماع عن النبي عليه السلام الذي لا يشك فيه ، أولى بالتصديق والقبول والعمل بموجب خبره .

٤ ـ إننا مأمورون بالحكم بشهادة اثنين ، مع أن هذه الشهادة تحتمل الكذب ، فلو كان العمل بها لا يجوز إلا بانتفاء احتمال الكذب بصورة قاطعة ، لما عملنا بها ، فإذا وجب العمل بالشهادة مع احتمالها الكذب ، فلأن يجب العمل برواية الآحاد عن النبي عليه السلام أولى .

٥ ـ إجماع الصحابة في حوادث لا تحصى على قبول خبر الواحد ، والعمل به ، فأبو بكر مثلاً أعطى الجدة السدس ، لورود الخبر بذلك ، وعمر بن الخطاب ورث المرأة من دية زوجها ، لورود السنة بذلك ، وهي سنة آحاد ، وأخذ الجزية من المجوس بسنة آحاد أيضاً ، وهكذا فعل الصحابة الآخرون فيما بلغتهم من أخبار الآحاد .

١٦٢ ـ شروط العمل بسنة الآحاد:

أجمع المسلمون على أن سنة الآحاد حجة على الجميع يلزم اتباعها ، وأنها من

مصادر التشريع ، إلا أنهم اختلفوا في الشروط اللازمة لذلك، أي في شروط وجوب العمل بها ، واستنباط الأحكام منها ، ويمكن رد اختلافهم إلى قولين .

١٦٣ ـ القول الأول: إن السنة التي رواها العدل الثقاة ، بأن توافر في الراوي شروط قبول روايته حسب ما يشترط أصحاب هذا القول ، على اختلاف فيما بينهم في هذه الشروط، واتصل سند الرواية بالرسول ﷺ ، ففي هذه الحالة يجب العمل بهذه السنة ، واستنباط الأحكام منها ، وعدها مصدراً للتشريع ، وهذا قول الحنابلة والشافعية والظاهرية والجعفرية ، وبعض الفقهاء من المذاهب الأخرى .

أما إذا لم يتصل السند ، بأن سقط من سلسلة الرواة الصحابي الذي روى الخبر عن الرسول ﷺ ، وهو المسمى بالحديث المرسل ، فقد اختلف أصحاب هذا القول في وجوب العمل به . فعند الظاهرية :لا يكون حجة ، ولا يجب العمل به . ومذهب الشافعي : الأخذ به بشروط ، منها : أن يكون من مراسيل كبار التابعين ، مثل : سعيد بن المسيب ، وأن يسند من جهة أخرى ، أو يوافق قول الصحابي ، أو يفتي بمقتضاه أكثر العلماء . ومذهب أحمد بن حنبل : الأخذ بالمرسل والعمل به ، إذا لم يكن في الباب حديث متصل السند(١) .

١٦٤ ـ القول الثاني: وأصحاب هذا القول لم يكتفوا بكون الرواة عدولاً ثقاة ، وإنما اشترطوا شروطاً أخرى لا تتعلق بسند الرواية ، وإنما تتعلق بأمور أخرى ، حتى يترجح عندهم جانب صحة الحديث ونسبته إلى الرسول ﷺ . وأصحاب هذا القول هم المالكية والحنفية ، ونذكر فيما يلي بإيجاز شديد أهم شروطهم .

١٦٥ ـ أ ـ شروط المالكية لقبول سنة الآحاد:

اشترط المالكية لقبول خبر الآحاد : عدم مخالفته لعمل أهل المدينة . والحجة في ذلك : أن عمل أهل المدينة بمثابة السنة المتواترة ، لأنهم ورثوا العمل عن أسلافهم ، عن الرسول ﷺ ، فكأن عملهم بمنزلة الرواية والسنة المتواترة ، والمتواتر يتقدم على

---

(١) القاسمي ص ١١٥ ـ ١٢٠، «المستصفى» ج ١ ص ١٤٩ ـ ١٧١ . «الإحكام» لابن حزم ج ١ ص ١٠٨ وما بعدها وج ٢ ص ٢ وما بعدها .

خبر الآحاد، وعلى هذا الأساس لم يأخذ الإمام مالك بحديث: «المتبايعان بالخيار حتى يتفرقا»، فقد قال مالك عن هذا الحديث: «ليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به».

كما اشترطوا: أن لا يخالف خبر الآحاد الأصول الثابته والقواعد المرعية في الشريعة، وعلى هذا الأساس لم يأخذوا بخبر المصراة، وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تَصُرُّوا الإبل والغنم، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يَحْلِبها، إن شاء أمسك. وإن شاء ردها وصاعاً من تمر»، لأن هذا الخبر ـ في نظرهم ـ قد خالف أصل: «الخراج بالضمان»، وأصل: «إن متلف الشيء إنما يغرم مثله إن كان مثليا، وقيمته إن كان قيمياً»، فلا يضمن في إتلاف المثلي جنساً غيره من طعام أو عروض. وكذلك لم يأخذوا بخبر إكفاء القدور التي طبخت من الإبل والغنم قبل قسمة الغنائم، بحجة مخالفته لأصل: رفع الحرج، والمصلحة المرسلة، فقد كان يكفي أن يقال لهم: إن ما صدر عنكم لا يجوز، ثم يؤذن لهم بالأكل منها، فإتلاف المطبوخ إفساد مناف للمصلحة، مما يدل على عدم صحة الخبر(١).

١٦٥ ـ ب ـ شروط الحنفية لقبول سنة الآحاد:

أ ـ أن لا تكون السنة متعلقة بما يكثر وقوعه، لأن ما يكون كذلك لا بد أن ينقل عن طريق التواتر، أو الشهرة، لتوافر الدواعي للنقل، فإذا لم ينقل على هذا الوجه ونقل عن طريق الآحاد، دل ذلك على عدم صحة السنة، ومثال ذلك: «رفع اليدين في الصلاة»، فإنه جاء عن طريق الآحاد، مع عموم الحاجة إليه لتكرار الصلاة في كل يوم، فلا يقبل.

ب ـ أن لا تكون السنة مخالفة للقياس الصحيح، وللأصول والقواعد الثابته في الشريعة، وهذا إذا كان الراوي غير فقيه، لأنه إذا كان كذلك فقد يروي السنة بالمعنى، لا باللفظ ـ وهو أمر كثير الوقوع ـ، فيفوته شيء من معاني الحديث لا يتفطن له. فلا بد من الاحتياط بأن لا يقبل الحديث في هذه الحالة إذا كان مخالفاً

---

(١) «الموافقات» ج ٣ ص ٢١ ـ ٢٢. «مالك» لأستاذنا محمد أبو زهرة ص ٣٠١ و ٣٣١ وما بعدها.

للأصول العامة، ومقتضى القياس الصحيح، وعلى هذا الأساس لم يأخذوا بحديث المصراة، كما فعل الإمام مالك، لأن راوي الحديث، وهو أبو هريرة، غير فقيه عندهم. كما أن هذا الحديث خالف الأصول والقواعد المقررة كقاعدة: «الخراج بالضمان»، التي جاءت بها السنة، وهذه القاعدة تقضي: بأن غلة العين، تكون ملكاً لمن يكون عليه الضمان عند هلاك العين، وعلى هذا يجب أن يكون اللبن للمشتري، لأن العين في ضمانه. كما أن هذا الحديث خالف قاعدة «الضمان» القاضية بأن الضمان يكون بالمثل إذا كان المتلف مثلياً(١).

جـ - ألا يعمل الراوي بخلاف الحديث الذي رواه، لأن عمله يدل على نسخه، أو تركه لدليل آخر، أو أن معناه غير مراد على الوجه الذي روي فيه. ويمثلون لذلك بحديث: «إذا ولغ الكلب في إناءِ أحدكم فاغسلوه سبعاً، إحداهن بالتراب» فإنهم لم يأخذوا به لأن راوي الحديث كان يغسل الإناء - إذا ولغ فيه الكلب - ثلاثاً.

١٦٦ - القول الراجح:

مع تسليمنا بأن الحنفية والمالكية ما اشترطوا هذه الشروط إلا ليطمئنوا على صحة السنة ونسبتها إلى الرسول ﷺ، فإن قولهم مرجوح، وقول غيرهم هو الراجح. لأن السنة متى صحت روايتها بأن رواها العدول الثقاة الضابطون، لزم اتباعها، والأخذ بها، واستنباط الأحكام منها، سواء وافقت عمل أهل المدينة أم خالفته، وسواء اتفقت مع الأصول المقررة ومقتضى القياس أم لم تتفق، وسواء عمل راويها بها أو لم يعمل، وسواء كانت في أمر يكثر وقوعه أو يقل، لأن أهل المدينة جزء من الأمة لا كلها، والعبرة بما يرويه الراوي لا بما يعمل به، إذ ربما يعمل بخلاف ما روى خطأً أو نسياناً أو تأويلاً، فهو غير معصوم. وكون الأمر الذي جاءت به السنة كثير الوقوع لا تأثير له في قبول، أو رد أخبار الآحاد، لأن الحاجة لمعرفة حكم ما يقل وقوعه كالحاجة لمعرفة حكم ما يكثر وقوعه، وكلاهما قد ينقله الآحاد، فضلاً عن أن الكثرة أو القلة لا ضابط لها في هذا الباب.

---

(١) «أصول» السرخسي ج ١ ص ٣٤١.

أما التشبث بمخالفة سنة الآحاد للأصول فغير مقنع ، لأن السنة هي التي تؤصل الأصول ، فإذا جاءت بحكم يخالف الأصول الثابته ، فإنها تعتبر أصلاً قائماً بنفسه يعمل في دائرته ، كما في السلم ، مع أنه بيع معدوم . والاستقراء دل على أن المردود من سنة الآحاد الصحيحة السند، بحجة المخالفة للأصول ، انه في الحقيقة موافق للأصول لا مخالف لها.

فحديث المصراة الذي ردوه بحجة المخالفة للأصول ، غير مخالف للأصول التي قالوها ، فقاعدة «الخراج بالضمان» لا تعمل هنا ، لأن اللبن المصرّى لم يحدث بعد الشراء ، وإنما كان قبله ، فليس هو من قبيل الغلة التي تحدث عند المشتري حتى يستحقه .

وقاعدة «الضمان» لا تعمل هنا أيضاً ، لتعذر معرفة مقدار اللبن الحادث عند المشتري لاختلاطه باللبن الذي كان قبل الشراء ، فلا يمكن الضمان بالمثل ،. وإنما صار الرد بصاع من تمر لأن التمر أقرب المثليات إلى اللبن ، بجامع أن كلاًّ منهما مكيل ، ومطعوم ، ومقتات(1) ، فأين المخالفة للقياس والأصول؟ .

وأما التشبث بعدم فقه الراوي ، فقول غير مستساغ ، لأن رواة السنة عندهم من الفقه ، لملازمتهم للرسول ﷺ ، ما يكفي للاطمئنان بصحة نقلهم ، وأنه لم يفتهم شيء من معناه ، فضلاً عن معرفتهم بأساليب العربية وبيانها . وعلى هذا فقول الجمهور هو الراجح ، فكل سنة صحت بأن رواها الثقاة الضابطون وجب المصير إليها ، وعدم الالتفات إلى ما خالفها ، ومن خالفها كائناً من كان ، لأن الله تعبدنا باتباع سنة نبيه ﷺ ، ولا سبيل للوصول إليها إلا عن طريق الرواة ، فإذا ثبت عندنا ضبطهم وعدالتهم أو ترجح ذلك ، كان دليلاً على صحة نسبتها للرسول ﷺ إما على سبيل العلم القاطع أو الظن الراجح ، وكلاهما يوجبان العمل بها شرعاً .

١٦٧ ـ الأحكام التي جاءت بها السنة :

---

(1) انظر الرد على من رد حديث المصراة في كتاب «أعلام الموقعين» ج ١ ص ٣٦٦ وما بعدها .

النوع الأول: أحكام موافقة لأحكام القرآن ومؤكدة لها ، ومن هذا النوع : النهي عن عقوق الوالدين ، وعن شهادة الزور ، وقتل النفس ، ونحو ذلك .

النوع الثاني : مبينة لمعاني القرآن ومفصله لمجمله ، من ذلك : السنة التي بينت مناسك الحج ، ونصاب الزكاة ، ومقدارها ، ومقدار ما يقطع فيه السارق ، ونحو ذلك .

النوع الثالث : قد تأتي السنة بأحكام مقيدة لمطلق القرآن ، أو مخصصة لعامه ، كما سيأتي بيان ذلك في محله .

النوع الرابع : حكم سكت عنه القرآن وجاءت به السنة ، لأن السنة مستقلة بتشريع الأحكام وإنها كالقرآن في هذا الباب ، دل على ذلك قوله ﷺ : «أَلَا وَإِنِّي أُوتِيتُ القُرْآنَ ومِثْلَه مَعَهُ» ، أي أوتيت القرآن وأوتيت مثله من السنة التي لم ينطق بها القرآن . وأمثلة هذا النوع كثيرة ، منها : تحريم الحمر الأهلية ، وأكل كل ذي ناب من السباع ، ومخلب من الطير ، وكالحكم بشاهد ويمين ، وجواز الرهن في الحضر ، ووجوب الدية على العاقلة ، وميراث الجدة ، ونحو ذلك(١) .

١٦٨ ـ دلالة السنة على الأحكام:

قلنا : إن السنة من حيث ورودها قد تكون قطعية : كما في السنة المتواترة ، وقد تكون ظنية : كما في غير السنة المتواترة ، أي سنة الآحاد والسنة المشهورة . وأما من جهة دلالتها على الأحكام فقد تكون ظنية أو قطعية ، فهي كالقرآن من هذه الجهة . وتكون الدلالة ظنية : إذا كان اللفظ يحتمل أكثر من معنى ، أي يحتمل التأويل . فمن القطعية قوله عليه السلام : «في خمس من الابل شاة» ، فلفظ «خمس» يدل دلالة قطعية على معناه ، ولا يحتمل غيره ، فيثبت الحكم لمدلول هذا اللفظ ، وهو وجوب اخراج شاة زكاة عن هذا المال . ومن الظنية قوله عليه السلام : «لا صلاة إلا بفاتِحَةِ الكتاب» ، فهذا الحديث يحتمل التأويل ، فيجوز أن يحمل على أن الصلاة لا تكون

---

(١) الشوكاني ص ٣٣ .

صحيحة مجزية إلا بفاتحة الكتاب، ويحتمل أن يكون المراد: أن الصلاة الكاملة لا تكون إلا بفاتحة الكتاب، وبالتأويل الأول أخذ الجمهور، وبالتـأويل الثـاني أخذ الحنفية.

الفصل الثالث

الدليل الثالث

الإجماع

١٦٩ - تعريف الإجماع:

الإجماع في اللغة: العزم والتصميم على الشيء، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: «لا صيام لمَنْ لم يُجَمِّعِ الصيامَ من الليل»، أي لم يعزم عليه. ويقال: أجمع فلان على الأمر، أي عزم عليه وصمم. ومن معناه أيضاً: الاتفاق، ومنه قوله تعالى: ﴿فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ وَشُرَكَاءَكُمْ﴾ [يونس: ٧١]. ويقال: أجمع القوم على كذا، أي اتفقوا عليه مع العزم والتصميم، وهو بهذا المعنى لا يتصور حصوله إلا من أكثر من واحد، بخلاف المعنى الأول إذ يصح من الواحد.

وفي اصطلاح الأصوليين، الإجماع: هو اتفاق المجتهدين من الأمة الإسلامية

في عصر من العصور، على حكم شرعي، بعد وفاة النبي ﷺ[٢]

١٧٠ - وينبني على التعريف الاصطلاحي ما يأتي:

أولاً: اتفاق غير المجتهدين لا يعتد به.

---

(١) وقد عرف بعض علماء الجعفرية الإجماع بانه اتفاق أمة محمد ﷺ على أمر من الامور. او اجتماع المجتهدين من هذه الامة في عصر على أمر. «كتاب الأرائك» ص ١٧٦، وانظر تعاريف أخرى في كتب اخرى مثل الشوكاني ص ٦٣، و «المستصفى» ج ١ ص ١١٠ والآمدي ١ ج ص ٢٨٠. وما بعدها، وكتاب «الإجماع» لعلي عبد الرزاق فقد نقل فيه تعاريف كثيرة لمختلف الاصوليين.

(٢) الآمدي ج ٤ ص ١١٥.

والمجتهد : هو من قامت فيه ملكة استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية، وقد يسمى: بالفقيه، كما يسمى المجتهدون: بأهل الحل والعقد، أو بأهل الرأي والاجتهاد، أو بعلماء الأمة[1]. أما غير المجتهد فهو من لا يملك القدرة على الاستنباط: كالعامي، أو الذي لا علم له بالأمور الشرعية وإن كان عالماً بفن، أو علم آخر: كالطب والهندسة مثلاً.

ثانياً: واتفاق المجتهدين يراد به اتفاق جميع المجتهدين، فلا يكفي إجماع أهل المدينة، أو أهل الحرمين مكة والمدينة، أو إجماع طائفة معينة[1]. فلا يعد واحد من هذه الإجماعات الإجماع الاصطلاحي المقصود. ومخالفة الواحد تضر، فلا ينعقد معها الإجماع، وهذا على رأي جمهور الأصوليين.

وقال البعض : لا تضر مخالفة الواحد والاثنين والثلاثة.

وذهب بعض آخر : إلى أن اتفاق الأكثرين ، وإن لم يكن إجماعاً، إلا أنه يعتبر حجة يلزم اتباعها، لأن اتفاق الأكثرين يشعر بأن الحق معهم، وأن هناك دليلاً قاطعاً أو راجحاً دعاهم إلى الاتفاق، إذ يندر في العادة أن يكون دليل المخالف هو الراجح[2].

والذي نراه، على مقتضى التعريف: أن الاتفاق يجب أن يشمل جميع المجتهدين بلا استثناء، فإذا خالف البعض ولو كان واحداً فلا إجماع، وحيث لا إجماع فلا حجة ولا إلزام في الاتباع، لأن الكثرة ليست دليلاً قاطعاً على الصواب، فقد يكون معها الخطأ ويكون الصواب مع القلة. نعم، قد يستأنس برأي الأكثرين فيؤخذ باعتباره رأياً اجتهادياً أولى بالقبول إذا لم يتبين لنا رجحان دليل المخالف.

---

(١) «المسوّدة» ص ٣٣١.

(٢) «أصول الفقه» للشيخ المرحوم الخضري ص ٣٣٧

ثالثاً: والشرط في المجتهدين أن يكونوا مسلمين، لأن الأدلة التي دلت على حجية الإجماع، أفادت أن المجمعين يجب أن يكونوا من الأمة الإسلامية، فضلاً عن أن موضوع الإجماع أمور شرعية تقوم على العقيدة أو تتصل بها أو تتفرع عنها.

رابعاً: واتفاق المجتهدين يجب ان يتحقق تماماً في لحظة اجتماعهم على حكم المسألة، فلا يشترط انقراض العصر، أي لا يشترط موت المجتهدين الذين حصل بهم الإجماع، مصرين على إجماعهم. وعلى هذا لا يضر رجوع البعض منهم عن رأيه، ولا ظهور مجتهد آخر لم يكن وقت الإجماع ويخالف ما أجمعوا عليه.

وقال بعض الأصوليين : يشترط انقراض العصر لتحقق الإجماع، إذ ربما يرجع البعض عن رأيه.

والراجح : ما قاله الأولون ، لأن الأدلة على حجية الإجماع لا توجب انقراض العصر، وإنما تشترط اتفاقهم فقط، فمتى ما حصل الاتفاق من مجتهدي العصر على حكم الحادثة فقد وجد الإجماع، ولزم اتباعه، ولم يعد قابلاً للنقض برجوع البعض عن رأيه، أو بظهور مجتهد آخر له رأي آخر.

خامساً: ويشترط أن يكون اتفاق المجتهدين على حكم شرعي : كالوجوب والحرمة والندب، ونحو ذلك، أما الإجماعات على مسألة غير شرعية : كمسألة رياضية أو طبية أو لغوية، فلا يكون واحد من هذه الأجاميع الإجماع الشرعي المقصود.

سادساً: والعبرة بالإجماع ما كان بعد وفاة النبي ﷺ، وهذا ما يذكره كثير من الأصوليين في تعاريفهم وهو ما اخترناه.

وقال البعض : ليس هذا بشرط ، فيجوز أن يحصل إجماع في عصر النبي ﷺ على حكم المسألة ، ويكون دليله الإجماع وموافقة النبي ﷺ . ولكننا لا نرى هذا الرأي ، لأنه بوجود النبي ﷺ لا تظهر حاجة للإجماع ، لأن العبرة بقول النبي ﷺ وموافقته ، فهو مصدر التشريع . فلو حصل إجماع في عصره ، فإما أن يخالفه ، وإما أن يوافقه ، فإن خالفه فلا عبرة بإجماعهم ، وإن وافقه كانت العبرة بموافقته . وعلى هذا لا نرى وجهاً مستساغاً للقول بوقوع الإجماع في عصر النبي ﷺ ، ولهذا فلا نميل إليه .

١٧١ ـ حجية الإجماع:

الإجماع متى ما انعقد بشروطه كان دليلاً قطعياً على حكم المسألة المجمع عليها ، وصار هذا الإجماع حجة قطعية ملزمة للمسلمين ، لا تجوز معها المخالفة أو النقض(١) . وقد استدل القائلون بالإجماع ، على حجية الإجماع ، وهم الجمهور الأعظم ، بأدلة كثيرة نكتفي بذكر البعض منها ، فمن هذه الأدلة ما يأتي :

أ ـ قوله تعالى : ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيراً﴾ [النساء: ١١٥] وجه الدلالة بهذه الآية الكريمة : أن الله تعالى توعَّد على مخالفة سبيل المؤمنين ، فيكون سبيلهم هو الحق الواجب الاتباع ، وغيره هو الباطل الواجب تركه ، وما يتفقون عليه يكون هو سبيلهم قطعاً ، فيكون هو الحق قطعاً ، فيكون هو الواجب الاتباع حتماً ، وليس معنى الإجماع إلا هذا ، وهو المطلوب .

ب ـ وردت في السنة آثار كثيرة تدل على عصمة الأمة الإسلامية من الخطأ إذا اجتمعت على أمر من الأمور ، من ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : «لا تجتمع أمتي على خطأ» ، «لا تجتمع أمتي على ضلالة» ، وهذه الأحاديث وإن كانت آحادية ، إلا أن معناها متواتر ، فتفيد القطع بأن ما تجتمع عليه الأمة هو الحق والصواب . وإجماع الأمة يتمثل بإجماع مجتهديها ، فهم أهل الرأي والمعرفة وغيرهم تبع لهم ،

---

(١) «المسوّدة» ص ٣٤٥ .

فيكون إجماعهم حقاً وصواباً، وما كان حقاً وجب اتباعه وعدم مخالفته، ولا معنى لحجية الإجماع إلا هذا[1].

ج ـ اتفاق المجتهدين لا بد له من دليل شرعي، لأن الاجتهاد لا يكون عن هوى، بل وفق منـاهج مرسومة وضوابط معينة وطرائق محددة تعصم من الهوى، كما ذكرنا في المقدمة، وعلى هذا فإذا اتفق المجتهدون على رأي، عَلِمنا قطعاً أنهم وجدوا دليلاً شرعياً يدلّ قطعاً على الرأي الذي اتفقوا عليه، إذ لو لم تكن دلالة هذا الدليل على مدلوله قطعية لما تيسر اتفاق حسب العادة، لأن العقول والقرائح تختلف، فلا يتيسر اتفاقها إذا كان لدليل يحتمل وجوهاً كثيرة.

١٧٢ ـ أنواع الإجماع:

أولاً: الإجماع الصريح:

ومعناه: أن المجتهدين يبدون آراءهم صراحة، ثم يجمعون على رأي، كما لو عرضت المسألة على المجتهدين وهم مجتمعون في مكان واحد، وأبدى كل واحد رأيه ثم اتفقوا على رأي واحد. أو أن المسألة عرضت عليهم واحداً واحداً وهم متفرقون، واتفقت آراؤهم فيها على رأي واحد. أو أن بعض المجتهدين يفتي في مسألة، فتبلغ فتواه الآخرين، فيصرحون بموافقتهم. أو يقضي مجتهد في مسألة بحكم معين، ويبلغ هذا الحكم المجتهدين الآخرين، فيوافقونه صراحة، قولاً أو إفتاءً أو قضاءً.

---

(١) ويلاحظ هنا: ان الجعفرية يرون ان حجية الاجماع انما تثبت لكشفه عن دخول الامام المعصوم في المجتمعين كما صرح العلامة الحلي في كتابه «تهذيب الاصول إلى علم الأصول»، ووضح هذا المعنى العلامة صاحب كتاب «الأرائك» بقوله: ان حجية الاجماع تقوم على أساس تحقق العلم بدخول شخص الامام المعصوم في المجتمعين او بتحقق العلم بموافقته على ما اجمعوا عليه او بتحقق العلم برأيه حدسا من اقوال المجتمعين: «الأرائك» ص ١٧٦ ـ ١٧٧ وانظر ايضا «كفاية الأصـول» ص ٦٩ وما بعدها و«أصول الاستنباط» للعلامة علي تقي الحيدري ص ١٤٥ وما بعدها. الا ان الامام النائيني ذكر وجها اخر في تعليل حجية الاجماع: وهو كشفه عن وجود دليل معتبر عند المجتمعين. ورجح هذا الوجه بانه «أقرب المسالك، لان مسلك الدخول ـ أي دخول الامام المعصوم في المجتمعين ـ مما لاسبيل اليه عادة في الغيبة ـ أي غيبة الامام . . . » الا ان صاحب «الارائك» قال عن هذا الوجه: انه لا يكشف لنا عن قول المعصوم فلا يكون اجماعا في الحقيقة لعدم الحاجة فيه الى اتفاق الكل. انظر تقريرات النائيني في كتاب «فوائد الأصول» ١ ج ص ٨٦ ـ ٨٧، و «الأرائك» ص ١٧٨.

وهذا النوع من الإجماع حجة قطعية، لا تجوز مخالفتها ولا نقضها.

ثانياً: الإجماع السكوتي:

وهو أن يبدي المجتهد رأيه في مسألة ويعرف هذا الرأي، ويشتهر، ويبلغ الآخرين، فيسكتوا ولا ينكروه صراحة، ولايوافقواعليه صراحة، مع عدم المانع من إبداء الرأي بأن تمضي مدة كافية للنظر في المسألة، ولا يوجد ما يحمل المجتهد على السكوت من خوف من أحد أو هيبة له أو غير ذلك من الموانع التي سنذكرها بعد قليل. وقد اختلف العلماء في حكم هذا الإجماع ومدى اعتباره، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه ليس بإجماع، وفضلاً عن ذلك لا يعتبر حجة ظنية. وممن قال بهذا القول: الشافعي والمالكية.

وحجة هذا القول: أنه لا ينسب لساكت قول، إذ لا يجوز تقويله ما لم يقل، كما أن السكوت لا يمكن حمله أزماً على الموافقة، فقد يكون سببه عدم وصول المسألة إلى الآخرين، أو عدم اجتهادهم فيها، أو عدم مضي وقت كاف لتكوين الرأي، أو أن الساكت يظن أن لا داعي للجهر برأيه، لاعتقاده أن غيره كفاه مؤونة الرد، أو لاعتقاده أن الحق عند الله هو ما يصل إليه كل مجتهد باجتهاده، فلا لزوم للرد والإنكار، أو أنه يخاف من سلطان جائر، أو يستحي من البوح به مهابة لمجتهد آخر. ومع هذه الاحتمالات وغيرها لا يمكن الجزم بأن السكوت للموافقة، وحيث لا دليل على الموافقة، فلا اتفاق ولا إجماع، وحيث لا إجماع فلا حجة.

القول الثاني: أنه حجة قطعية لا تجوز مخالفتها، إذ هو كالإجماع الصريح، وإن كان أقل منه قوة. وممن قال بهذا القول: أكثر الحنفية، وهو قول الحنابلة(١).

وحجة هذا القول: أن السكوت يحمل على الموافقة دون غيرها متى ما قامت القرينة على ذلك، وانتفت الموانع المانعة من اعتباره

---

(١) «روضة الناظر وجنة المناظر» للشيخ موفق الدين بن قدامة المقدسي ص ٣٨١، «إرشاد الفحول» ص ٨٤ ـ ٧٥.

أمارة على الموافقة. وتتحقق القرينة وتنتفي الموانع باشتهار الرأي، ووصوله إلى بقية المجتهدين، ومضي وقت كاف للنظر والتأمل في المسألة، مع عدم وجود حائل يحول دون التصريح بالرأي الذي يصل إليه المجتهد، بأن يظن أن غيره رد الرأي، أو يعتقد أن لا داعي للرد، أو يخشى أذى من ذي سلطان، ونحو ذلك من الأسباب المانعة التي تمنع من التصريح بالرأي. فإذا تحقق كل ما ذكرناه، لم يبق وجه لعدم اعتبار السكوت علامة الموافقة، وتحقق الإجماع، والإجماع حجة قطعية.

القول الثالث: أنه ليس بإجماع، ولكنه حجة ظنية، وممن قال بهذا القول: بعض الحنفية، وبعض الشافعية.

وحجة هذا الرأي: أن حقيقة الإجماع: الاتفاق من الجميع حقيقة لا حدساً، وهذا لم ينحقق في الإجماع السكوتي، لأن السكوت مهما قيل في دلالته على الموافقة فلن يكون كالصريح في الدلالة على الموافقة، فلا يعتبر إجماعاً، ولكن لرجحان دلاليته على الموافقة ـ إذا زالت الموانع من التصريح ـ اعتبر حجية ظنية.

١٧٣ ـ القول الراجح:

الواقع أن المطلوب لتحقق الإجماع: هو تحقق الموافقة على الرأي من الجميع، وتحقق الموافقة كما يتم بطريق صريح يكون بطريق الدلالة، فلا نرى حصر تحقق الموافقة بالتصريح فقط، لأن السكوت يصلح أن يكون طريقاً للدلالة على الموافقة متى ما قامت القرينة على ذلك، وانتفت الموانع. كما قال أصحاب القول الثاني، إذ في هذه الحالة يكون السكوت بياناً، لأنه في موضع الحاجة، ويحرم على المجتهد السكوت إذا كان الرأي الذي قيل باطلاً، لا سيما وأن الظن بالمجتهدين أنهم لا يحجمون عن إبداء رأيهم إظهاراً للحق، وإن لقوا من جراء ذلك العنت والضيق، وهذا الظن يقوي فينا الاعتقاد أن سكوتهم محمول على الرضا والموافقة، لا على الإنكار والمخالفة.

أما إذا لم نتمكن تماماً من معرفة دلالة السكوت على الرضا، ولا من انتفاء موانع التصريح، فإننا نرى في هذه الحالة اعتبار ما حصل - أي الإجماع السكوتي - حجة ظنية فقط، وليس بإجماع بالمعنى المراد من الإجماع.

١٧٤ - اختلاف المجتهدين في مسألة على قولين[1]:

إذا اختلف المجتهدون في عصر من العصور في حكم مسألة على قولين، فهل يجوز إحداث قول ثالث في المسألة، أم لا يجوز؟ ذهب الأكثرون إلى المنع، وقال البعض بالجواز، واختار فريق التفصيل وهناك البيان:

القول الأول: المنع من إحداث قول ثالث؛ لأن حصر الاختلاف في قولين إجماع ضمني، أو إجماع مركب - كما يسمونه - على أن لا قول آخر في المسألة، فيكون القول برأي ثالث خرقاً لإجماع قد تم، وهذا لا يجوز.

والواقع ان هذه الحجة ضعيفة، لأن الذي حصل هو عدم القول بالرأي الثالث، وعدم القول بالشيء لا يستلزم القول بعدم ذلك الشيء، إذ بينهما فرق واضح، فلا ينهض ما قالوه حجة لما ذهبوا إليه.

القول الثاني: الجواز مطلقاً؛ والحجة لهذا القول: أنه ما دام قد حصل اختلاف في مسألة بين المجتهدين، فهذا دليل قاطع على أن لا إجماع في المسألة، لأن الإجماع: اتفاق الجميع لا بعضهم، وحيث لم يحصل هذا الاتفاق فلا مانع من إحداث قول ثالث ورابع وأكثر، لأنه لا يخرق إجماعاً.

وهذه الحجة وإن كانت تبدو في ظاهرها قوية، إلا أنها في حقيقتها ضعيفة، لأن الإجماع يمكن أن يتحقق بين المختلفين في بعض ما اختلفوا فيه، وهذا القدر المتفق عليه هو محل إجماعهم، فلا يجوز مخالفته. ولذهول أصحاب هذا القول عن هذا المعنى، وقعوا في خطأ التعميم بالجواز مطلقاً.

القول الثالث: اختيار التفصيل، وخلاصته: إذا كان بين المختلفين قدر

---

(١) «إرشاد الفحول» ص ٧٦ - ٧٧

مشترك متفق عليه فلا يجوز إحداث قول ثالث يخالف هذا القدر المجمع عليه، لأنه يعد خرقاً لإجماع قائم، وهذا لا يجوز. أما إذا كان القول الثالث لا يصادف شيئاً متفقاً عليه بين المختلفين، فيجوز إحداث قول آخر في المسألة، لأنه لا يلاقي إجماعاً في هذه الحالة. ولتوضيح هذا الرأي نضرب بعض الأمثلة:

أ ـ اختلف الصحابة في ميراث الجد مع الأخوة الاشقاء، أو الأب، على قولين، الأول: أن الجد يحجب الأخوة، ويستأثر هو وحده بالميراث إن لم يكن معهم أحد غيرهم. الثاني: أن الجد يرث مع الأخوة ولا يحجبهم. فالقدر المشترك المتفق عليه بين أصحاب هذين القولين: هو ضرورة إرث الجد مع الأخوة، والخلاف في حجبه لهم أو عدم حجبه. فإحداث قول ثالث بعدم إرث الجد مع الأخوة، قول لا يجوز، لخرقه الإجماع السابق وهو ضرورة توريث الجد مع الأخوة، وهذا هو القدر المتفق عليه بين المختلفين.

ب ـ اختلف الصحابة أيضاً في عدة الحامل المتوفى عنها زوجها، فقال فريق منهم: أنها تعتد بوضع الحمل. وقال فريق آخر: تعتد بأبعد الأجلين: الأشهر أو وضع الحمل. فالقدر المتفق عليه بين أصحاب هذين القولين: هو عدم الاكتفاء بالأشهر فقط قبل وضع الحمل. فإحداث قول ثالث باحتساب العدة بالأشهر قبل وضع الحمل، قول لا يصح، لخرقه القدر المتفق عليه، وخرق الإجماع لا يجوز.

جـ ـ ومثال إحداث القول الثالث الذي لا يصادف قدراً متفقاً عليه: مسألة انحصار الميراث في الأبوين وأحد الزوجين، فقد اختلف فيها مجتهدو العصر الأول، فقال بعضهم: إن نصيب الأم ثلث المال كله فرضاً، ثم يُعطَى لأحد الزوجين نصيبُه وهو الربع للزوجة والنصف للزوج، ثم يُعطَى الباقي للأب.
وذهب فريق آخر إلى أن للأم ثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين.
وما يبقى من التركة فللأب تعصيباً.

فما ذهب إليه محمد بن سيرين في عصر التابعين: من أن للأم ثلث المال كله إن

كانت الزوجة هي الموجودة مع الأبوين ، وأن للأم ثلث الباقي بعد فرض الزوج إن كان هو الموجود مع الأبوين ، هـذا القول لا يصـادف قدراً مشتـركاً بـين القولين ، فلا يعد خرقاً للإجماع ، فلا مانع من القول به . .

د ـ اختلف فقهاء العصر الأول في مدى حق الزوج في فسخ النكاح إذا وجد في زوجته برصاً أوجنوناً أو عتهاً أو رتقاً أو قرناً ، فذهب بعضهم إلى القول بالفسخ بجميع هذه العيوب ، وذهب الآخرون إلى عدم جواز الفسخ اكتفاء بما للزوج من حق الطلاق ، فإذا قال بعض المجتهدين : يجوز الفسخ بكذا وكذا من العيوب ، ولا يجوز بغيرها ، لا يعد قوله خرقاً للإجماع ، لأن القولين لم يتفقا على قدر مشترك : هو بعض هذه العيوب التي جاء القول الثالث بالفسخ بها .

١٧٥ ـ الراجح من هذه الأقوال:

والقول الثالث هو الراجح ، لأنه ينظر إلى حقيقة الإجماع ، فإذا وجده في جزئية ولو في مسألة مختلف فيها ، لم يجز إحداث قول ثالث يصادمه ، أما إذا لم يجده فلا يرى مانعاً من إحداث قول جديد ، لأن الممنوع هو إحـداث قول ثـالث يخرق إجماعاً سابقاً ، والإجماع السابق لا ينصب على عدد الآراء التي ذهب إليها المختلفون ، كما قال أصحاب القول الأول ، حتى يقال لا يجوز إحداث قول آخر مطلقاً ، وإنما ينصب على أحكام المسائل ، وقد يتصور حصول اتفاق في بعض جزئيات المسألة ، وإن كان الاختلاف فيها جملة حاصلاً كما مثلنا . ففي مسألة إرث الجـد مع الأخـوة ، كأن المختلفين قال بعضهم: يرث الجد إن كان معه أخوه ، وقال البعض الآخر لا يرث الأخوة إن كانوا مع الجد ، فالجزئية المتفق عليها في هذه المسألة : هي أن الجد يرث ، فلا يجوز إحداث قول ينقض هذه الجزئية المتفق عليها .

١٧٦ ـ مستند الإجماع:

لا بد للإجماع من مستند شرعي ، لأن القول في الدين بغير علم وبغير دليل قول بالهوى ، وخطأ قطعاً ، وهذا لا يجوز ولا يقع ، لأن الامة معصومة من الخطأ بدلالة الأحاديث التي ذكرناها . وسند الإجماع قد يكون من الكتاب أو من السنة ،

فالإجماع على حرمة نكاح الجدات وبنات الأولاد مهما نزلت درجتهن، سنده قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، إذ الإجماع منعقد على أن المراد بالأمهات في الآية الكريمة: الأصول من النساء، فتشمل الجدات وإن نزلن، وأن المراد من البنات: الفروع من النساء، فتشمل البنات الصلبيات وبنات الولد وإن نزلن.

ومن الإجماع المبني على السنة: إجماعهم على إعطاء الجدة السدس في الميراث، لأن الرسول ﷺ أعطى الجدة السدس.

وقد اختلف الأصوليون في جواز انعقاد الإجماع عن اجتهاد أو قياس، فجوزه الأكثرون، ومنعه غيرهم: كداود الظاهري، وابن جرير الطبري. وما ذهب إليه الأكثرون هو ما نميل إليه، فقد انعقدت إجماعات في زمن الصحابة وكان مستندها اجتهاداً أو قياساً، فقد أجمعوا على جمع القرآن، وكان سندهم: المصلحة، وهي ضرب من ضروب الاجتهاد، ووافقوا عثمان بن عفان في إحداثه النداء الثالث لصلاة الجمعة، وكان سندهم: مصلحة إعلام الناس بالصلاة، لا سيما البعيدين منهم عن المسجد، وإجماعهم على تحريم شحم الخنزير قياساً على تحريم لحمه(١).

١٧٧ ـ إمكان انعقاد الإجماع والخلاف فيه:

قال جمهور العلماء بإمكان إنعقاد الإجماع، وبوقوعه فعلاً. وقال بعضهم: بعدم إمكان انعقاده، وبعدم وقوعه أصلاً، ومن هؤلاء: النظام من المعتزلة.

احتج المانعون من إمكان انعقاده: بأن معرفة المجتهدين بأعيانهم متعذرة أو مستحيلة، إذ لا ضابط لتمييز المجتهد من غير المجتهد. وحتى إذا عرف شخص بالاجتهاد في بلده فقد ينازعه الآخرون من أهل بلده، أو غيرهم، في أهليته للاجتهاد، وحتى إذا عرفوا دون منازعة لهم في أهليتهم للاجتهاد، فمن العسير جداً جمعهم، وعرض المسألة عليهم، لتفرقهم في البلاد والأمصار، وحتى إذا أريد عرض المسألة عليهم وهم في أماكنهم، فمن الصعب جداً إبلاغها لكل واحد ومعرفة

---

(١) الآمدي ج ١ ص ٣٢٠.

رأيه على وجه موثوق، والتيقن من بقائه على رأيه الى وقت أخذ جميع الأراء. ويضاف إلى ذلك كله: أن الإجماع لا بد له من سند، فإن كان قطعياً: فالناس يعرفونه ولا يغفلون عنه في العادة، لأن من شأن القطعي أن يعرف ويشاع فلا حاجة للإجماع، وإن كان الدليل ظنياً: فيستحيل في العادة الاتفاق عليه، لاختلاف المجتهدين في أفكارهم وقرائحهم في الاستنباط.

واحتج الجمهور: بأن ما قاله المانعون مجرد تشكيك بأمر ممكن الوقوع، فلا يلتفت إليه. ودليل إمكان وقوعه: أنه وقع فعلاً، وقع في عصر الصحابة ونقلت لنا عنهم إجماعات كثيرة: كإجماعهم على أن للجدة السدس في الميراث، وإجماعهم على بطلان زواج المسلمة بغير المسلم، وإجماعهم على صحة النكاح من غير مهر مسمى، وإجماعهم على عدم قسمة الأراضي المفتوحة على الفاتحين، وإجماعهم على أن الأخوة والأخوات لأب يقومون مقام الأشقاء عند عدمهم، وإجماعهم على أن الابن الصلبي يحجب ابن الابن، إلى غير ذلك من الإجماعات الكثيرة؛ فانعقاد الإجماع فيما مضى دليل قاطع على إمكان وقوعه، فكيف يُقال: إنه لم يقع ولن يقع؟

١٧٨ ـ وجوب التفصيل في هذا الخلاف:

والذي نراه في هذا الخلاف: وجوب التفصيل، فلا نأخذ قول الجمهور بإطلاق، ولا نرفض قول المانعين بإطلاق، والتفصيل الذي نراه يستلزم مناقشة ما قاله المانعون، فنقول:

أولاً: ما احتج به المانعون من أن مستند الإجماع إن كان قطعياً فهو لا يغيب عن الناس، فلا حاجة إذن إلى الإجماع، وإن كان السند ظنياً أحالت العادة اتفاقهم، فلا ينعقد الإجماع، هذا القول بشقيه لا ينهض حجة لما قالوا، فالإجماع بمقتضى دليل قطعي يزيده قوة، ويغني عن البحث عن دليله. وإن كان مستند الإجماع ظنياً كخبر آحاد، فالعادة لا تحيل إمكان الإجماع عليه إذا كان واضح الدلالة بيّن المعنى، وفي هذه الحالة يرتفع الدليل الظني بالإجماع

إلى مرتبة القطعية .

ثانياً: أما ما احتجوا به من عدم إمكان معرفة المجتهدين بأشخاصهم لتفرقهم في الأمصار . . الخ ، فهذا القول جدير بالتأمل والمناقشة ، والحق في هذا أن يقال : إن عصور السلف تنقسم إلى عصرين متميزين : الأول: عصر الصحابة ، والثاني : عصر ما بعدهم .

ففي عصر الصحابة ، لا سيا في زمن أبي بكر وعمر، كان المجتهدون قلة ، ومعروفين بأعيانهم ، وموجودين كلهم تقريباً في المدينة ، أو في مكان يسهل الوصول إليهم ومعرفة آرائهم ، وكان الاجتهاد يأخذ شكل الشورى ، ففي هذا العصر، والحال كما وصفنا، يسهل جداً انعقاد الإجماع ، وقد وقع فعلاً، ونقلت إلينا إجماعات كثيرة عنهم ، منها ما احتج به الجمهور وذكرناها قبل قليل .

نعم،قد يقال :إن هذه الإجماعات ما كانت كلها صريحة،وهذا حق نسلم به ولا ننكره ، ولكن أي شيء فيه؟ فالإجماع السكوتي كالإجماع الصريح عند فريق من العلماء كما قلنا ، وإذا قيل : إن الإجماع السكوتي ليس بحجة عند البعض ، فلا يكون إذن إجماع الصحابة السكوتي دليلاً على وقوع الإجماع ، ولا حجة على الآخرين ، فإننا نقول: إن إجماع الصحابة السكوتي ينبغي أن ينزل منزلة الصريح لعدة اعتبارات ، منها : قلتهم ومعرفة أشخاصهم كما قلنا ، ولما عرف من سيرتهم ومبادرتهم إلى قول الحق الذي يرونه دون خشية من أحد ولا مهابة لأحد ، حرصاً منهم على الوفاء بما أخذه الله من عهد على العلماء من لزوم بيان الحق وعدم كتمانه . ويكفينا هنا للتدليل على ما نقول ، أن نذكر : أن هذا الوصف كان عاماً حتى في آحاد المسلمين ، ألا يرى أن امرأة ردت على عمر منكرة ما ذهب إليه من رأي في تقليل مهور النساء ، وهو يخطب على المنبر ، دون أن تخشى شيئاً . وقصة بلال ومناقشته لعمر بن الخطاب في مسألة قسمة الأراضي المفتوحة ، أمر شائع معروف ، فقد أعلن بلال مخالفته لرأي عمر ، بل وأغلظ له بالقول ، ولم يمنعه من ذلك أنه يخالف أمير المؤمنين . . حتى إن عمر بن الخطاب لم يسعه إلا أن قال : «اللهم اكفني بلالاً وصَحبه» ولم يزد على هذا

ولم يعنفه . فإذا كان هذا شأن القوم فمن العسير أن نسلم بأن سكوت مجتهديهم كان لغير الرضا والموافقة ، بل إننا نكاد نجزم أن سكوتهم محمول على الرضا والموافقة ما دام الرأي قد وصلهم ، ووصوله إليهم كان ميسوراً لقلتهم كما قلنا ، ولوجودهم في المدينة أو في مكان قريب منها .

أما بعد عصر الصحابة فمن العسير جدا التسليم بانعقاد الإجماع ، لتفرق الفقهاء في البلاد النائية وأمصار المسلمين العديدة ، وكثرة عددهم واختلاف مشاربهم . دم أخذ الاجتهاد بأسلوب الشورى كما كان الحال في العهد الأول ، وأقصى ما يمكن أن يقال : إن أحكاماً اجتهاديةً في بعض المسائل وجدت واشتهرت ، ولم يعرف لها مخالف ، ولكن عدم معرفة المخالف ـ والحال كما وصفنا ـ لا يدل على عدم وجود المخالف ، وبالتالي لا نستطيع اعتباره إجماعاً ، بل ولا إجماعاً سكوتياً .

١٧٩ ـ أهمية الإجماع في الوقت الحاضر وإمكان انعقاده :

الإجماع مصدر مهم من مصادر الفقه الإسلامي ، ودليل من أدلة الأحكام مشهود له بالصحة والاعتبار ، فيمكن الاستفادة منه في معرفة الأحكام الشرعية للوقائع الجديدة وهي كثيرة في وقتنا الحاضر ، إلا أن هذه الاستفادة لا يمكن أن تتم إلا اذا تهيأ جمع الفقهاء وعرض المسائل عليهم ومعرفة آرائهم فيها ، وهذا لا يتم ـ في رأينا ـ بصورة مجدية إلا عن طريق إيجاد مجمع فقهي يضم جميع الفقهاء في العالم الإسلامي ، ويكون لهذا المجمع مكان معين ، وتهيء له جميع ما يلزم من مال وكتب وكتبة . . . إلخ ، ويجتمع في أوقات معينة دورية وفق نظام معين ، وتعرض عليه المسائل والوقائع الجديدة لدراستها ، والنظر في إيجاد الأحكام لها في ضوء نصوص الشريعة وقواعدها ومبادئها العامة ، ثم تنشر هذه الأحكام في نشرات دورية أو كتب خاصة لاطلاع الناس عليها ، وإبداء أولي العلم منهم رأيهم فيها ، إذ يحتمل أن بعض الفقهاء لم يتيسر لهم الانضمام إلى المجمع الفقهي لأي سبب كان ، على أن يطلب من هؤلاء إرسال آرائهم إلى المجمع الفقهي رأساً ، أو إلى معتمده في كل قطر ، ولا بأس من الاستعانة بدور الإذاعة اللاسلكية لإذاعة آراء المجمع الفقهي زيادة في التبليغ ،

ثم ينظر المجمع فيما وصله من آراء حول ما نشره من آرائه، فإذا ما اتفقت آراء أعضاء المجمع على حكم كـان حكماً مجمعـاً عليه، وكان هذا الإجمـاع قريبـاً من الإجماع المنصوص عليه عند الأصوليين، ووجب العمل بموجبه.

الفصل الرابع

الدليل الرابع

القياس

١٨٠ ـ تعريف القياس:

القياس في اللغة: يطلق على تقدير شيء بشيء آخر، فيقال: قست الأرض بالمتر، أي قدرتها به.

ويطلق أيضاً على مقارنة شيء بغيره، لنعرف مقدار كل منهما بالنسبة للآخر. ثم شاع استعمال القياس في التسوية بين الشيئين، حسية كانت التسوية أم معنوية، فمن الأولى: قول القائل: قست هذه الورقة بهذه الورقة، بمعنى سويتها بها. ومن الثانية: قول القائل: علم فلان لا يقاس بعلم فلان، بمعنى لا يساويه أي لا يسوى به.

وفي اصطلاح الأصوليين: إلحاق ما لم يرد فيه نص على حكمه بما ورد فيه نص على حكمه في الحكم، لاشتراكهما في علة ذلك الحكم.

أو هو تسوية واقعة لم يرد نص بحكمها، بواقعة ورد النص بحكمها في الحكم المنصوص عليه، لتساوي الواقعتين في علة الحكم(١).

---

(١) انظر تعاريف أخرى للقياس في: «شرح الورقات في الأصول» لامام الحرمين ص ١٩٧ ـ ١٩٨ و«إرشاد الفحول» ص ١٩٨ والآمدي ج ٣ ص ٢٦٣ وما بعدها و«المستصفى» للغزالي ج ٢ ص٥٤.

وبيان ذلك : أن الشارع قد ينص على حكم معين في واقعة ، ويعرف المجتهد علة هذا الحكم ، ثم توجد واقعة أخرى لم يرد نص بحكمها ، ولكنها تساوي الواقعة الأولى في علة الحكم ، فيلحق المجتهد هذه الواقعة بالواقعة الأولى ويسوي بينهما في الحكم ، فهذا الإلحاق هو القياس . وقد يعبر عنه الأصوليون بتعابير أخرى ، مثل قولهم : تسوية الواقعتين في الحكم ، أو تعدية الحكم من واقعة إلى واقعة أخرى ، فهذه العبارات : الإلحاق ، تسوية ، تعدية ، تدل على معنى واحد : هو تعدية الحكم المنصوص عليه في واقعة ما إلى الوقائع المساوية لها في العلة ، وهذا هو القياس .

فالقياس لا يثبت حكماً ، وإنما يكشف عن حكم كان ثابتاً للمقيس من وقت ثبوته للمقيس عليه لوجود علة الحكم فيه ، كما هي موجودة في المقيس عليه . وغاية ما في الأمر أن ظهور الحكم في المقيس تأخر إلى أن كشف المجتهد عن وجود علة الحكم فيه . فالقياس إذن مُظهِر للحكم ، وليس مثبتاً له ، وإن عمل المجتهد ينحصر في معرفة علة الحكم وبيان اشتراك المقيس والمقيس عليه فيها ، فيُظهِر أن الحكم فيهما واحد .

١٨١ ـ أركان القياس :

ومن التعريف الاصطلاحي للقياس ، يتبين لنا أن أركانه أربعة ، وهي :

أولاً : الأصل : ويسمى بالمقيس عليه ، وهو ما ورد النص بحكمه .

ثانياً : حكم الأصل : وهو الحكم الشرعي الذي ورد به النص في الأصل ويراد تعديته للفرع .

ثالثاً : الفرع ويسمى بالمقيس ، وهو ما لم يرد نص بحكمه ويراد أن يكون له حكم الأصل بطريق القياس .

رابعاً : العلة : وهو الوصف الموجود في الأصل ، والذي من أجله شرع الحكم فيه ، وبناء على وجوده في الفرع يراد تسويته بالأصل في هذا الحكم .

أما الحكم الذي يثبت للفرع بالقياس فهو نتيجة عملية القياس ، أو ثمرته ، فليس هو من أركان القياس .

١٨٢ ـ أمثلة على القياس :

أولاً : ورد النص بتحريم الخمر ، والنص هو قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠] والخمر عند فريق من الفقهاء : اسم للشراب المسكر المتخذ من العنب دون غيره(١) ، فهو أصل وورد النص بحكمه وهو التحريم ، ونبيذ التمر أو الشعير فرع لم يرد النص بحكمه ، ولكن فيه علة الحكم : وهي الإسكار ، فيقاس على الخمر لاشتراكهما في العلة ، ويكون له حكم الخمر : وهو التحريم .

ثانياً : قتل الوارث مورثه أصل ، ورد النص بحكمه : وهو حرمانه من الميراث ، والنص هو قول النبي ﷺ : «لَا يَرِثُ القَاتِلُ» ، وعلة الحكم : اتخاذ القتل العمد العدوان وسيلة لاستعجال الشيء قبل أوانه ، فيرد عليه قصده السيء ويعاقب بحرمانه ؛ وقتل الموصىٰ له الموصي ، لم يرد النص بحكمه ، ولكن توجد في هذه الواقعة علة الحكم الموجودة في الواقعة الأولى : وهي استعجال الشيء قبل أوانه بطريق الإجرام ، فتلحق واقعة قتل الموصى له للموصي بواقعة قتل الوارث مورثه ، لاشتراكهما في علة الحكم وتسوى بها في الحكم ، فيُحرَم الموصى له من الموصى به .

ثالثاً : ابتياع الإنسان على ابتياع أخيه ، أو خطبته على خطبة أخيه ، لا يجوز ، لورود النص بالنهي عن ذلك ، وهو قول النبي ﷺ : «المؤمن أخو المؤمن فلا يحلُّ للمؤمن أن يَخْطِبَ على خِطْبةِ أخيه ، أو يبتاع على بيع أخيه حتى يذر» ، وعلة

---

(١) الصحيح ان الخمر : اسم لكل مسكر ، كما جاء في الحديث الشريف : «كل مسكر خمر وكل خمر حرام» . ولكننا مثلنا بقول هؤلاء الفقهاء لتوضيح عملية القياس .

الحكم : هو ما في هذا التصرف أو ذاك من اعتداء على حق الغير، وإيذاء له ، وما يترتب على ذلـك من عداوة وبغضـاء ؛ واستئجار الإنسـان على استئجار أخيه واقعة لم يرد النص بحكمها ، فتقاس على الواقعة الأولى ، لاشتراكهما في علة الحكم ، وتسوى بها في هذا الحكم وهو النهي عنه .

رابعاً: البيع وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة منهي عنه ، لورود النص بهذا الحكم وهو قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إذا نُودِيَ لِلصَّلاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إلى ذِكرِ اللهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩]، وعلة الحكم : هو ما في البيع من تعويق للسعي إلى الصلاة واحتمال تفويتها ، وهذه العلة موجودة في الاستئجـار أو الرهن أو النكـاح في هذا الـوقت، فيكون حكم هـذه التصرفات النهي عنها قياساً على البيع .

١٨٣ ـ شروط القياس(١) :

عملية القياس لا تصح إلا إذا توافرت شروط خاصة ؛ منها ما يتعلق بالأصل ، ومنها ما يتعلق ببقية أركان القياس .

فالذي يشترط في الأصل أن لا يكون فرعاً لأصل آخر ، أي أن يثبت حكمه بنص أو إجماع . أما شروط الأركان الأخرى فتحتاج إلى شيء من التفصيل لا سيما شروط العلة .

١٨٤ ـ أولاً : شروط حكم الأصل :

أ ـ أن يكون حكماً شرعياً عملياً ، ثبت بنص من الكتاب أو السنة ، أما إذا كان ثبوته بالإجماع فقد قال بعض الأصوليين : لا يصح القياس في هـذه الحالـة ، لأن القياس يقوم على معرفة علة الحكم ، وعلى أساس وجودها في الفرع يسـوى بالأصل في حكمه ، وهذا لا يتأتى فيما ثبت حكمه بالإجماع ، لأن الإجماع لا يشترط فيه ذكر مستنده ، ومع عدم ذكر المستند لا تعرف علة الحكم فلا يمكن

(١) «فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت» ج ٢ ص ٢٥٠ وما بعدها و«المستصفى» للغزالي ج ٢ ص ٣٢٥ وما بعدها، الآمدي ج ٣ ص ٢٧٧ وما بعدها.

القياس .

وقال آخرون : تصح تعدية الحكم إلى الفرع بالقياس ، وإن كان ثبوت الحكم بالإجماع ، لأن معرفة علة الحكم لها طرق ، منها : المناسبة بين الأصل وحكمه ، كما سيأتي بيانه فيما بعد ، فلا يضر عدم ذكر مستند الإجماع ولا يحول هنا دون معرفة العلة . وهذا القول هو الراجح ؛ أما إذا كان الحكم ثابتاً بالقياس وحده فلا يصح جعله أصلاً والقياس عليه ، بل يجب القياس على الأصل المنصوص على حكمه رأساً .

ب ـ أن يكون معقول المعنى بأن يكون مبنياً على علة يستطيع العقل إدراكها ، لأن أساس القياس : إدراك علة الحكم ، وإدراك تحققها في الفرع ، حتى يمكن بهذا تعدية حكم الأصل إلى الفرع لاشتراكهما في العلة ، فإذا تعذر على العقل إدراك العلة تعذر القياس ، ولهذا قال العلماء : لا قياس في الأحكام التعبدية ، وهي الأحكام التي استأثر الله بعلم عللها التي بنيت الأحكام عليها ، ولم يجعل لأحد سبيلاً لمعرفتها : كأعداد الركعات ، وتحديد جلد الزاني والزانية بمئة جلدة ، وجلد القاذف ثمانين جلدة ، والطواف حول الكعبة في الحج بعدد مخصوص ، وكذا السعي بين الصفا والمروة بعدد معين ، ونحو ذلك .

أما إذا كان حكم الأصل معقول المعنى ، أي أنه مبني على علة يمكن للعقل إدراكها ، فالقياس يصح في هذه الحالة إذا ما عرفت العلة وعرف تحققها في الفرع ، سواء أكان حكم الأصل من أحكام العزيمة ، وهو ما شرع ابتداء ، أو كان من أحكام الرخصة ، وهو ما شرع استثناء . فمن الأول : تحريم شرب الخمر ، ومنع الوارث القاتل من الميراث . ومن الثاني : بيع العرايا[1] ، وأكل الميتة ، ونحوها من المحرمات عند الضرورة[2] .

---

(١) العرايا بيع الرطب في رؤوس النخل بمثل قدره تمرا عن طريق الخرص . وقد ثبت هذا الحكم بالحديث الشريف : «نهى رسول الله عن بيع الشيء بجنسه متفاضلا ورخص في العرايا» وفي صحيح البخاري : نهى عن المزابنة اي بيع التمر بالتمر ـ الا اصحاب العرايا فانه اذن لهم» فيقاس عليه العنب فيجوز بيعه على شجرة بمثل قدره من الزبيب خرصا .

(٢) قال تعالى «حُرِّمت عليكم الميتةُ والدَّمُ ولَحْمُ الخنزيرِ وما أُهِلَّ لغير الله به والمُنخنقةُ والموْقُوذَةُ والمتَرَدِّيـةُ =

جـ ـ أن يكون له علة يمكن تحققها في الفرع ، فإذا كانت العلة قاصرة على الأصل ولا يمكن تحققها في غيره امتنع القياس ، لأن القياس يستلزم اشتراك الفرع والأصل في علة الحكم ، فإذا كانت علة الحكم لا يتصور وجودها في غير الأصل لم يتصور الاشتراك في العلة ، وبالتالي لا يمكن القياس : كقصر الصلاة في السفر ، أو إباحة الفطر فيه ، فعلة الحكم في الإثنين : السفر ، والغرض منه : دفع المشقة ، ولكن هذه العلة ، وهي السفر ، لا تتحقق في غير المسافر ، فلا يمكن أن يقاس عليه من يقوم بالأعمال الشاقة والمهن المضنية .

د ـ ألا يكون حكم الأصل مختصاً به ، لأن اختصاصه به يمنع تعديته إلى الفرع ، وإذا امتنعت التعدية امتنع القياس قطعاً ، لأن القياس في هذه الحالة مناقض للدليل الذي دل على اختصاص الأصل بالحكم ، والقياس المناقض للدليل باطل ؛ فمن ذلك : اختصاص الرسول ﷺ بإباحة الزواج بأكثر من أربع زوجات ، وتحريم نكاح زوجاته من بعده ، فلا يصح أن يقاس عليه غيره في هذا التحريم وتلك الإباحة ؛ ومثله أيضاً : اختصاص خزيمة بن ثابت بقبول شهادته وحده ، فهذا حكم خاص به ثبت بقول النبي ﷺ : «من شهد له خزيمة فهو حسبه» . فلا يصح أن يقاس عليه غيره من أفراد الأمة مهما كانت درجته في الفضل والتقوى .

١٨٥ ـ ثانياً : شروط الفرع :

أ ـ أن يكون الفرع غير منصوص على حكمه ، لأن القياس يرجع إليه إذا لم يوجد في المسألة نص ، ومن المقرر عند الأصوليين : لا اجتهاد في معرض النص . فإذا وجد النص فلا معنى للقياس ؛ وعلى هذا فقول القائل : إن عتق الرقبة غير المؤمنة لا تجزىء في كفارة اليمين قياساً على كفارة الخطأ الواردة في قوله تعالى : «وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ» [النساء : ٩٢] قياس غير صحيح ،

= والنَّطيحة وما أكَلَ السَّبُعُ إلا ما ذَكَّيْتم وما ذُبِحَ على النُّصُب . . . .» [المائدة : ٣] وقوله تعالى «فَمَن اضْطرَّ في مَخْمَصَةٍ غير مُتجانِفٍ لإثمٍ فإن الله غفور رحيمٌ» فالمضطر في مخمصة ـ اي في مجاعة ـ له أن يتناول هذه المحرمات ، فيقاس على هذه الحالة حالة المرض أو أية ضرورة أخرى ، فيباح له فيها تناول هذه المحرمات .

لمخالفته للنص الوارد في كفارة اليمين وهو قوله تعالى : «لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ. .» [المائدة: ٨٩]، فالرقبة في هذا النص مطلقة غير مقيدة بوصف الايمان، فلا يجوز تقييدها بالايمان قياساً على كفارة الخطأ.

ب ـ أن تكون علة الأصل موجودة في الفرع، لأن شرط تعدي الحكم للفرع تعدي العلة، فلا بد أن تكون العلة في الفرع نفس العلة الموجودة في الأصل التي ابتنى عليها الحكم، لأن الفرع إذا لم يكن مساوياً للأصل في العلة امتنعت تسويته في الحكم، لأن هذه التسوية، أي تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع، تقوم على أساس المماثلة بينهما في العلة، فإذا امتنعت امتنعت التسوية في الحكم.

والقياس الذي لا يتحقق فيه هذا الشرط يقال له: قياس مع الفارق. ومثاله: مسألة قسمة العقار المشفوع فيه بين الشركاء الذين لهم حق الشفعة؛ أيقسم بينهم على عدد رؤوسهم ولا اعتبار لمقادير سهامهم، أم يقسم بنسبة سهامهم؟ قال الحنفية: يقسم بينهم بالسوية بغض النظر عن مقادير سهامهم. وقال غيرهم: يقسم بينهم بقدر حصصهم مستدلين بالقياس، باعتبار أن المال المأخوذ بالشفعة يشبه غلة المال المملوك على وجه الشركة، وحيث أن الغلة تقسم على الشركاء بنسبة حصصهم في هذا المال المشترك بلا خلاف بين الفقهاء، فيقاس عليه تملك المشفوع فيه من قبل الشركاء بطريق الشفعة، فيقسم عليهم بنسبة حصصهم في الملك. فرد الحنفية على هذا القول: بأن هذا قياس مع الفارق، لأن الغلة متولدة من الشيء المملوك، فيكون لكل شريك من هذه الغلة بقدر ما تولد من ملكه، أما المأخوذ بالشفعة فليس متولداً من ملكهم، إذ أن ملك الغير لا يمكن أن يكون ثمرة أو غلة لأحد.

١٨٦ ـ ثالثاً: شروط العلة:

العلة: هي أساس القياس ومرتكزه، وركنه العظيم، وعلى أساس معرفتها والتحقق من وجودها في الفرع يتم القياس وتظهر ثمرته، فيتبين للمجتهد أن الحكم

الذي ورد به النص ليس قاصراً على ما ورد فيه، وإنما هو حكم في جميع الوقائع التي تتحقق فيها علة الحكم.

ولهذا كله، ولأهمية العلة، لا بد من تمهيد يبين المقصود بالعلة، أي المعنى الاصطلاحي لها، والفرق بينها وبين ما يسمى بالحكمة، فإذا ما تمهد ذلك بيّنا شروط العلة.

١٨٧ ـ من المقرر عند المحققين من الجمهور: أن الأحكام الشرعية ما شرعت عبثاً من غير سبب دعا إلى تشريعها ومقاصد يراد تحقيقها، وإنما شرعت لمصلحة العباد في العاجل والآجل. وهذه المصلحة المقصودة إما جلب منافع لهم، وإما دفع أضرار ومفاسد ورفع حرج عنهم. فالمصلحةبـوجهيهاأو بشقيها هي الباعث الأصلي على التشريـع أمراً أو نهيـاً أو إباحـة، وعلى هـذا دل استقراء النصـوص وأحكام الشريعة، سواء كانت عبادات أم معاملات؛ فالقرآن الكريم غالبا ما يقرن بحكمه الحكمة الباعثة على تشريعه من جلب نفع أو دفع ضرر، فمن ذلك: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾ [البقرة: ١٧٩] ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الانفال: ٦٠] ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩٠] ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَراً زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَراً وَكَانَ أَمْرُ اللهِ مَفْعُولاً﴾ [الأحزاب: ٣٧].

فالآية الأولى: أفادت أن الغرض من تشريع القصاص حفظ الحياة.

والآية الثانية: بينت أن المقصود من إعـداد القوة إرهـاب العدو لمنعـه من العدوان.

والآية الثالثة : أفادت أن الغرض من تحريم الخمر والميسر هو منع ما يترتب عليهما من مفاسد ومنها العداوة والبغضاء . . إلخ .

والآية الرابعة : أفادت أن المقصود بها هو رفع الحرج عن المسلمين في زواج نساء أدعيائهم - أي الأبناء بالتبني .

ومثل هذه الآيات ما جاء في الحج : ﴿لِيَشْهَدُوا مَنَافِعَ لَهُمْ﴾ [الحج : ٢٨]، وما جاء في فرض الصلاة ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ﴾ [العنكبوت : ٤٥]،ومثله أيضاً تشريع جلد الزاني والزانية لمصلحة حفظ الأنساب، وقطع يد السارق لحفظ الأموال، وهكذا .

والسنة سلكت هذا المسلك فقد اقترن في معظمها ما يدل على القصد من تشريعها صراحة ، مثل قوله عليه الصلاة والسلام :«يَا مَعْشَرَ الشَّبابِ مَنِ اسْتَطَاعَ البَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ ، فَإِنَّه أَغَضُّ للبصرِ وأَحْصَنُ لِلفَرْجِ» . . «فَمَن صَلَّى بالنَاسِ فلْيُخَفِّفْ ، فَإن فيهمُ المريضَ والضعيفَ وذا الحَاجَةِ» . فالمقصود من تشريع الأحكام: تحقيق مصلحة العباد، وهذه المصلحة هي التي تسمى بحكمة الحكم أو مئنته؛ فحكمة الحكم: هي المصلحة من جلب نفع أو دفع ضرر أراد الشارع تحقيقها بتشريع ذلك الحكم.

إلا أن الملاحظ : أن الشريعة - غالباً - لا تربط الحكم بحكمته وجوداً وعدماً ، وإنما تربطه بأمر آخر من شأن ربط الحكم به وابتنائه عليه أن يحقق حكمة الحكم ، أي المصلحة المقصودة منه كما في إباحة الفطر في رمضان ، فهذا الحكم لم يربط بحكمته وهي دفع المشقة، وإنما ربط بأمر آخر من سفر أو مرض لأن الشأن بهذا الربط أن يحقق حكمة الحكم.

والسبب في هذا المسلك : أن الحكمة قد تكون خفية لا يمكن التحقق من وجودها ، فلا يمكن بناء الحكم عليها كما في إباحة البيع وسائر المعاوضات ، فإن

حكمة إباحتها دفع الحرج عن الناس بسد حاجاتهم المشروعة ، والحاجة أمر خفي ، فربط الشارع الحكم بأمر آخر ظاهر هو مظنة تحقق الحاجة وهو الإيجاب والقبول . وقد تكون الحكمة أمراً غير منضبط ، أي يختلف باختلاف الناس وتقديرهم ، ولا يمكن بناء الحكم عليه لأنه يؤدي إلى الاضطراب والفوضى في الأحكام ، فلا يستقيم أمر التكليف ولا يطّرِد ولا ينضبط ، وتكثر الادعاءات للتحلل من الأحكام .

فإباحة الفطر للمسافر في رمضان مثلاً : حكمتها دفع المشقة ، وهي أمر تقديري غير منضبط ، فربط الشارع هذا الحكم بأمر منضبط هو السفر أو المرض لأن كُلّاً منهما مظنة تحقيق حكمة الحكم . ومثله أيضاً : تشريع الشفعة لدفع الضرر ، والضرر غير منضبط ، فربط الحكم بالشركة أو الجوار لأن الشريك أو الجار قد ينالهما الضرر من المشتري ، فربط الحكم بهذين الأمرين مظنة دفع الضرر ، وهو مقصود الشارع .

فالحكمة لِخفائها أو عدم انضباطها لم تُربَط بها الأحكام غالباً ، وإنما رُبطَت بأمر ظاهر منضبط هو مظنة تحقق حكمة الحكم . وهذا الأمر الظاهر المنضبط هو الذي يسميه الأصوليون : علة الحكم أو مناطه أو مظنته .

١٨٨ ـ ومن هذا العرض يتبين لنا أن الفرق بين علة الحكم وحكمته : هو أن الحكمة هي المصلحة التي قصد الشارع تحقيقها بتشريعه الحكم ؛ وأن العلة : هي الوصف الظاهر المنضبط الذي بُني عليه الحكم ، وربط به وجوداً وعدماً ، لأنه مظنة تحقيق المصلحة المقصودة من تشريع الحكم ، ولهذا يقول الأصوليون : الأحكام تربط بعللها لا بحكمها . بمعنى أن الحكم يوجد متى وُجِدَت علّته ، وإن تخلفت حكمتُه في بعض الأحيان ، وأن الحكم ينتفي متى ما انتفت علته وإن وجدت حكمته في بعض الأحيان ، لأن ربط الحكم بالعلة مظنة تحقق الحكمة ، والغالب هو تحققها ، وإن تخلفت فعلى وجه الندرة والعبرة للغالب لا للنادر . . كحصول الطالب على درجة النجاح في الامتحان مظنة إلمامه بالعلوم واستيعابه لها وأهليته لإنهاء هذه المرحلة الدراسية .

وأيضاً : فإن ربط الأحكام بالعلل يؤدي إلى استقامة التكليف وضبط الأحكام

واطرادها واستقرار أوامر التشريع العامة ووضوحها، وهذه فوائد عظام لا تؤثر فيها فوات الحكمة في بعض الجزئيات والوقائع في بعض الأحيان.

وعلى هذا: فمتى كان المسلم مسافراً فله أن يُفطِر، وإن لم يجد مشقة، ومن كان مقيماً فليس له الافطار وإن وجد مشقة في عمله. ومتى كان شريكاً في عقار فله أن يمتلك حصة شريكه جبراً بحق الشفعة إذا باعها من أجنبي، وإن لم يجد ضرراً من المشتري، لأن حق الشفعة ربط بالشركة أو الجوار لا بالضرر الفعلي، ومن لم يكن شريكاً أو مُجَاوراً فليس له التملك بالشفعة وإن ناله أعظم الضرر من المشتري؛ وملكية المبيع تنتقل إلى المشتري، وملكية الثمن إلى البائع، متى ما وجدت العلة وهي الإيجاب والقبول، وإن لم توجد الحاجة عند الطرفين وهكذا.

ولا ينتقض ما قلناه بذهاب بعض الفقهاء إلى عدم وقوع طلاق المكره أو بيعه، لأن العلة اعتبرت مناطاً للحكم باعتبارها مظنة للحكمة، فإذا قام الدليل القاطع على انتفاء هذه المظنة عن العلة زالت العلة عنها، والإكراه - في نظر البعض من الفقهاء - دليل قاطع على انتفاء هذا المعنى عن العلة فلا تعتبر علة، فلا يوجد الحكم.

١٨٩ - وبعد أن بينا معنى العلة والفرق بينها وبين الحكمة، نبين شروطها فيما يلي:

أولاً: أن تكون العلة وصفاً ظاهراً:

ومعنى ظهوره أنه يمكن التحقق من وجوده في الأصل وفي الفرع، لأن العلة هي علامة الحكم ومعرفة له، أي بوجودها في الفرع يكون حكمه حكم الأصل، فإذا كانت العلة خفية لا تدرك بالحواس لا يمكن أن تدل على الحكم. فلا بد إذن أن تكون العلة ظاهرة غير خفية: كالإسكار في الخمر، فإنه علة تحريمها هو وصف يمكن التحقق من وجوده في الخمر، كما يمكن التحقق من وجوده في كل نبيذ مسكر. ولهذا إذا كانت العلة وصفاً خفياً أقام الشارع مقامه أمراً ظاهراً هو مظنته ويدل عليه: كالتراضي في المعاوضات، وهو أساس نقل الملكية، وعلته: أمر خفي يتعلق بالقلب

وخلجات النفس ولا سبيل إلى إدراكه فلا يصلح أن يكـون هو العلة ، لهـذا أقام المشرع مقامه أمراً ظاهراً وهو صيغة العقد .

وكذلك القتل العمد العدوان هو علة القصاص ، ولكن العمدية أمر نفسي لا يعرفه إلا من قام فيه ، فأقام الشارع مقامه أمراً ظاهراً يقترن به ويدل عليه وهو الآلة التي يستعملها القاتل التي من شأنها القتل ، كالسيف والمسدس والبندقية .

وكذلك حصول نطفـة الزوج في رحم زوجتـه بملامستـه لها هـو علة ثبوت النسب ، ولكن هذا الأمر شيء خفي لا سبيل للأطلاع عليه والتأكد منه ، فأقام الشارع مقامه أمراً ظاهراً يدل عليه وهو عقد الزواج الصحيح ، أو هذا العقد مع إمكان الدخول أو مع الدخول فعلاً ، على اختلاف بين الفقهاء .

ثانياً: أن تكون وصفاً منضبطاً :

ومعنى ذلك : أن يكون الوصف محدداً ، أي ذا حقيقة معينة محدودة لا تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال ، أو تختلف اختلافاً يسيراً لا يؤبه به : كالقتـل في حرمان القاتل من الميراث ، له حقيقـة معينة محـدودة لا تختلف باختـلاف القاتـل والمقتول ، فيمكن أن يقاس على القاتل الوارث القاتلُ الموصىٰ له . والإسكار علة لتحريم الخمر ، وله حقيقة معينة محددة هي ما يعتري العقل من اختلال ، وهذه الحقيقة ثابته لذات الخمر ، ولا يهم كون الشخص لم يسكر لعارض ما ، ويمكن تحقيق هذه الصفة ـ الإسكار ـ في كل نبيذ مسكر ، وكون الأنبذة قد تختلف فيما بينها في قوة الإسكار وضعفه لا يهم ، لأنه اختلاف يسير لا يؤثر في حقيقة الإسكار ووجوده فلا يلتفت إليه .

والسبب في هذا الشرط : هو أن أساس القياس مساواة الفرع للأصل في علة الحكم التي يترتب عليها المساواة في نفس الحكم ، فإذا لم تكن العلة محددة لا يمكن الحكم بمساواة الفرع للأصل فيها . ولهذا وجدنا الشـارع ـ إذا كان الـوصف غير منضبط ـ يقيم مقامه أمراً منضبطاً هو مظنته : كالمشقة التي هي علة إباحة الفطر في

رمضان، لكونها غير منضبطة أقام الشارع مقامها أمراً منضبطاً هو مظنة المشقة وهو السفر والمرض، قال تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤].

ثالثاً: أن تكون وصفاً مناسباً للحكم:

ومعنى مناسبة الوصف للحكم: ملائمته له، أي أن ربط الحكم به مظنة تحقق حكمة الحكم؛ أي أن المصلحة التي قصدها الشارع بتشريع الحكم تتحقق بربطه بهذا الوصف، مثل: القتل العمد العدوان وصف مناسب وملائم لربط القصاص به، أو لربط الحرمان من الميراث به إذا كان المقتول مورثه، لأن الشأن بهذا الربط أن يحقق الحكمة من تشريع الحكم وهو كف النفوس عن العدوان، وحفظ نفوس الناس من الهلاك. والإسكار وصف مناسب لتحريم الخمر، لأن في بناء الحكم على هذا الوصف حفظاً للعقول من الفساد. والسرقة وصف مناسب لتشريع إيجاب قطع يد السارق والسارقة، لأن ربط القطع بالسرقة من شأنه حفظ أموال الناس. والسفر في رمضان وصف مناسب للحكم بإباحة الإفطار، لأن بهذا الربط يغلب تحقق حكمة الحكم، أي دفع المشقة.

فالباعث الحقيقي على تشريع الحكم: هو تحقيق حكمته، ولو كانت هذه الحكمة ظاهرة مضبوطة في جميع الأحكام لكانت هي العلة، ولكن لعدم ظهورها أو عدم انضباطها أقيم مقامها أوصاف ظاهرة منضبطة مناسبة هي مظنة تحقيقها.

وبناء على هذا الشرط لا يصح التعليل بالأوصاف التي لا مناسبة ولا ملائمة بينها وبين الحكم، وهي التي تسمى بالأوصاف الطردية، أو الاتفاقية، مثل: لون الخمر وسيولتها وطعمها، فلا يصلح شيء من ذلك أن يكون وصفاً مناسباً لتحريم الخمر. وكذلك كون السارق غنياً أو ذا جاه أو بدوياً، وكون المسروق منه فقيراً أو عاملاً، لا يصلح شيء من هذه الأوصاف أن يكون وصفاً مناسباً للحكم بقطع يد السارق والسارقة. وكذلك كون القاتل العمد عدواناً رجلاً أو امرأة أو عراقياً أو مثقفاً

أو جاهلاً ، لا يصلح أن يكون وصفاً مناسباً لإيجاب القصاص أو للحكم بحرمانه من الميراث إذا كان قتيله هو مورثه .

رابعاً : أن تكون العلة وصفاً متعدياً :

ومعنى ذلك : أن لا يكون هذا الوصف مقصوراً على الأصل ، لأن أساس القياس : مشاركة الفرع للأصل في علة الحكم ؛ إذ بهذه المشاركة أو التسوية يمكن تعدية حكم الأصل للفرع ، فإذا علل بعلة قاصرة على الأصل ، أي لا توجد في غيره ، انتفى القياس لانعدام العلة في الفرع : كالسفر علة لإباحة الفطر للمسافر أو للمريض ، وهذه العلة لا توجد إلا في مسافر أو مريض ، فهي إذن قاصرة عليهما لا تتعداهما إلى غيرهما ، كالعامل في منجمه ، أو النوتي في سفينته ، وإن كانا يتحملان المشاق العظيمة في عملهما ، بخلاف الإسكان الذي هو علة تحريم الخمر ، وهو وصف يوجد في كل نبيذ مسكر ، فهو غير قاصر على الأصل .

خامساً : أن تكون العلة من الأوصاف التي لم يلغ الشارع اعتبارها :

أي لم يقم الدليل الشرعي على إلغاء هذا الوصف وعدم اعتباره ، فقد يبدو للمجتهد لأول وهلة أن وصفاً معيناً يصلح أن يكون وصفاً مناسباً لحكم معين ولكنه في الواقع يصادم النص ويخالف الدليل الشرعي ، فلا يكون لهذا الوصف اعتبار ولا مناسبة للحكم ، لأن ما يخالف الدليل باطل قطعاً ؛ فمن ذلك : ما قد يلوح للمجتهد من أن جعل كفارة الإفطار في رمضان بالوقاع صيام ستين يوماً ، ابتداءً بالنسبة للقادر على العتق هو المناسب لتحقيق حكمة الكفارة ، وهي الزجر والردع . ولكن هذا الرأي خطأ قطعاً ، وبالتالي لا يكون كون الشخص المفطر قادراً على العتق وصفاً مناسباً لإيجاد الصوم عليه ابتداء ، لأن هذا القول مصادم للنص الوارد في الشرع وفيه ترتيب الكفارة ابتداء من عتق رقبة ، ثم صيام ستين يوماً لمن لم يستطع العتق ، ثم إطعام ستين مسكيناً لمن لم يقدر على الصيام . وعلى هذا خطأ الفقهاء القاضي الأندلسي الذي أفتى أحد الخلفاء في الأندلس من أن كفارة إفطاره بالوقاع هي صيام ستين يوماً ، بحجة أن الخليفة قادر على العتق فلا يزجره هذا النوع من الكفارة .

وكذلك اعتبار اشتراك الذكر والأنثى في البنوة وصفاً مناسباً للحكم بالتسوية بينهما في الميراث خطأ قطعاً، لأن الشارع أهدر مناسبة هذا الوصف للحكم المقترح بدليل قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ - إلى قوله تعالى فَرِيضَةً مِنَ اللهِ﴾ [النساء: ١١].

وكذلك إذا قال بعض الناس: إن اشتراك الرجل والمرأة في عقد النكاح وصف مناسب للقول بوجوب اشتراكهما في حق الطلاق، كان قوله قولاً باطلاً، لأن الأدلة الشرعية دلت على أن الطلاق بيد الرجل لا المرأة، ويجوز أن يكون لها أيضاً إذا اشترطته لنفسها في العقد، مما يدل على أن الشارع ألغى مناسبة الوصف الذي توهمه القائل وهو تسوية الرجل والمرأة في عقد النكاح، للقول بالحكم المقترح وهو تسويتهما في حق الطلاق.

١٩٠ - المناسبة بين الحكم والعلة(١):

قلنا: إن من شروط العلة أن تكون وصفاً مناسباً للحكم، أي تكون مظنة تحقيق حكمة الحكم والغرض المقصود من تشريعه، وهذه المناسبة ليست متروكة لأهواء النفس وما تشتهيه، بل لها ضوابط محكمة، فلا تثبت المناسبة إلا باعتبار الشارع لها بنوع من أنواع الاعتبار، ولهذا قسم الأصوليون الوصف المناسب من جهة اعتبار الشارع له وإلغائه إلى الأقسام الآتية:

١٩١ - أولاً: المناسب المؤثر:

وهو الوصف الذي دل الشارع على أنه اعتبره بعينه علة للحكم ذاته، أي للحكم الذي شرعه بناء عليه، وهذا أتم وجوه الاعتبار للوصف؛ وسمي بالمناسب المؤثر، لأن الشارع باعتباره له هذا الاعتبار التام كأنه قد دل على أن الحكم نشأ عنه أو أنه أثر من آثاره، وهذا أعلى أنواع المناسب، ولا خلاف في صحة القياس عليه عند القائلين بالقياس، مثاله: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾ [البقرة: ٢٢٢] فالحكم بإيجاب الاعتزال في المحيض ثابت بهذا النص،

---

(١) الآمدي ج ٣ ص ٤٠٥ وما بعدها، «فواتح الرحموت» ج ٢ ص ٢٥٥ وما بعدها.

وصياغته صريحة في أن الأذى الناشىء عن المحيض هو علة الحكم، فهو ـ أي الأذى ـ وصف مؤثر. . ومنه أيضاً: قول النبي ﷺ: «إنما نهيتكم لأجل الدافة»، أي نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحي لأجل الأعراب الوافدين على المدينة وحاجتهم إلى الطعام، فهذا النص صريح في أن علة النهي عن الادخار هي الدافة، فالدافة وصف مناسب مؤثر؛ ومثاله أيضاً: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] فهذا النص القرآني يشير إلى أن الولاية المالية على من لم يبلغ الحلم تثبت لوليه، وأن علة هذا الحكم هي الصغر، وقد انعقد الإجماع على هذا، أي أن الصغر هو علة الحكم بالولاية على مال الصغير.

١٩٢ ـ ثانياً: المناسب الملائم:

وهو الوصف الذي لم يقم دليل من الشارع على اعتباره بعينه علة لحكمه، وإنما قام دليل شرعي من نص أو إجماع على اعتباره بعينه علة لجنس الحكم، أو اعتبار جنسه علة لعين الحكم، أو اعتبار جنسه علة لجنس الحكم.

فإذا علل المجتهدُ حكماً شرعياً بهذا النوع من المناسب يكون تعليله ملائماً لنهج الشارع في التعليل وبناء الأحكام، فيكون تعليله سائغاً والقياس عليه صحيحاً. ونضرب فيما يلي بعض الأمثلة على وجوه هذا النوع من المناسب:

أ ـ مثال الوصف الذي اعتبر الشارع عينه علة لجنس الحكم: ثبوت الولاية للأب على تزويج ابنته البكر الصغيرة؛ والعلة في هذا الحكم ـ على رأي الحنفية ـ: هي الصغر لا البكارة، محتجين بأن الشارع شهد لهذا الوصف بالاعتبار حيث جعله علة للولاية على المال؛ وحيث أن هذه الولاية والولاية على التزويج من جنس واحد، هو الولاية المطلقة، فكأن الشارع اعتبر الصغر علة لكل ما هو من جنس الولاية، أي لجميع أنواع الولاية، فيكون الصغر هو الوصف المناسب الذي نيط به الحكم بالولاية على تزويج الصغيرة، سواء أكانت بكراً أو ثيباً.

ب ـ ومثال الوصف الذي اعتبر الشارع جنسه علة لعين الحكم: جمع الصلاة في

اليوم المطير عند من أخذ به من الفقهاء : كالإمام مالك؛ فالسنة وردت بجواز الجمع في اليوم المطير ولكن لم تبين صراحة عنه هذا الحكم ، ولكن وجد أن الشارع اعتبر وصفاً من جنس هذا الوصف ـ أي المطر ـ علة لحكم الجمع ، وهو السفر ، لأن كلا من السفر والمطر جنس واحد وهو كونه مظنة المشقة التي يناسبها التيسير والتخفيف عن المكلفين ، وإن الحكم بإباحة جمع الصلاة عند السفر هو عينه الوارد عند المطر. فاعتبار الشارع السفر علة لجمع الصلاتين ، تخفيفاً عن المسافر ، يدل على اعتبار ما هو من جنسه ـ كالمطر ـ مبيحاً للتخفيف والجمع بين الصلاتين ، فيكون المطر علة الحكم بجواز الجمع ، فيقاس عليه جواز الجمع في حالة سقوط الثلج والبرد ، ونحو ذلك .

ج ـ ومثال الوصف الذي اعتبر الشارع جنسه علة لجنس الحكم : الحيض في إسقاط الصلاة عن الحائض ، ذلك أن الحكم الشرعي هو أن الحائض لا تصوم ولا تصلي في أثناء حيضها ، فإذا طهرت لزمها قضاء الصوم لا الصلاة. والعلة في هذا الحكم: أن إلزام الحائض ـ إذا طهرت بقضاء الصلاة التي فاتتها ـ مع تكرار أوقاتها ـ حرج ومشقة عليها ، فأقام الشارع الحيض مقام هذه المشقة الناشئة عنه وجعله علة للحكم بعدم قضائها الصلاة. وفي الشريعة ما يشهد لاعتبار ما هو من جنس الحيض «باعتباره مظنة المشقة» علة لما هو من جنس إسقاط قضاء الصلاة عن الحائض ؛ فالسفر مثلاً مظنة المشقة ، وقد بني عليه حكم قصر الصلاة وجمعها وإباحة الفطر في رمضان. وكل هذه الأحكام مع حكم إسقاط الصلاة عن الحائض يجمعها جامع التخفيف ورفع المشقة عن المكلف فهي اذن جنس واحد. كما أن السفر ، الذي هو علة لهذه الأحكام ، مظنة المشقة ، فيكون هو والحيض من مظان المشقة فيكونان من جنس واحد.

ومثاله أيضاً حرمة شرب قليل الخمر وإن لم يسكر ، فالمجتهد يرى أن علة التحريم هي سد الذريعة المفضية إلى شرب الكثير المسكر ، ويجد شاهداً لذلك من أحكام الشريعة . فالخلوة بالأجنبية محرمة ، والعلة هي سد الذريعة إلى المحظور الأكبر . فشرب قليل الخمر والخلوة بالأجنبية وصفان من جنس واحد هو الذريعة إلى المحرم . وحرمة كل منهما جنس واحد هو مطلق التحريم ، فيقاس على قليل الخمر

قليل النبيذ في حرمته .

ومثاله أيضاً : سؤر الهرة طاهر غير نجس ، وقد علل النبي ﷺ هذا الحكم بقوله : «إنَّها مِنَ الطَّوَّافِينَ عليكُم والطَّوَّافَاتِ» فيدل هذا على أن علة الطهارة كونها من الطوافين ، لأن التطواف مظنة المشقة والحرج إذا قلنا بنجاسة سؤرها ، فكان الحكم بطهارته تخفيفاً عن المكلف ودفعاً للمشقة عنه . فيمكن أن يقاس على هذا جواز رؤية الطبيب لعورة المرأة قياساً على طهارة سؤر الهرة بجامع رفع الحرج في المسألتين وهما من جنس واحد ، هو مظنة الحرج إن قلنا بعدم جواز رؤية الطبيب لعورة المرأة مع الحاجة إلى هذه الرؤية .

١٩٣ ـ ثالثاً : المناسب المرسل :

وهو الوصف الذي لم يشهد له دليل خاص بالاعتبار أو بالإلغاء ، ولكن ترتيب الحكم على وفقه ، أي بناء الحكم عليه يحقق مصلحة تشهد لها عمومات الشريعة من حيث الجملة ؛ فهو من حيث أنه يحقق مصلحة من جنس مصالح الشريعة يكون مناسباً ، ومن حيث أنه خال عن دليل يشهد له بالاعتبار أو بالإلغاء يكون مرسلاً . وهذا هو الذي يسمى بالمصلحة المرسلة ، وهو حجة عند المالكية والحنابلة ومن وافقهم ، وليس بحجة عند غيرهم كالحنفية والشافعية ، ومثاله : جمع القرآن ، وضرب النقود ، واتخاذ السجون ، ووضع الخراج على الأراضي الزراعية المفتوحة ، وغير ذلك .

١٩٤ ـ رابعاً : المناسب الملغى :

وهو الوصف الذي قد يبدو أنه مناسب لبناء حكم معين عليه حسب ما يتوهمه الشخص ، ولكن الشارع ألغى اعتباره ، كما في قول المتوهم : إن اشتراك الابن مع البنت في البنوة ، من المتوفى ، وصف مناسب للتسوية بينهما في الميراث ؛ فهذا محض وهم وليس هو بالمناسب ، لأن الشارع ألغى مناسبته بالنص على أن الذكر يأخذ ضعف الأنثى كما ذكرنا من قبل . وهذا لا يجوز بناء الأحكام عليه لأنه خطأ وباطل قطعاً .

١٩٥ ـ مسالك العلة(١):

يراد بمسالك العلة : الطرق التي يتوصل بها إلى معرفة العلة في الأصل ؛ والعلة تُعرَف بطرق ، أشهرُها : النص ، والإجماع ، والسبر والتقسيم .

١٩٦ ـ أولاً : النص:

قد يَدُل النص على أن وصفاً معيناً علة للحكم الذي ورد فيه ، فيكون ثبوت العلة بالنص ، وتسمى العلة في هذه الحالة بالمنصوص عليها .

إلا أن دلالة النص على العلة لا تكون دائماً صريحة ، فقد تكون بالإيماء والإشارة ، وإذا كانت صريحة فقد تكون دلالتها على العلة قطعية أو ظنية ؛ ونتكلم فيما يلي عن كل نوع مع التمثيل :

أ ـ الدلالة على العلة بالنص الصريح القطعي الذي لا يحتمل غير العلة ، وفي هذه الحالة تكون دلالة النص الصريحة على العلة قطعية ويكون هذا بالصيغ والألفاظ التي وضعت في اللغة للتعليل ، مثل : لكيلا ، ولأجل كذا ، وكي لا . . إلخ . مثل قوله تعالى : ﴿رُسُلاً مُبَشِّرِينَ وَمُنْذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى الله حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾ [النساء: ١٦٥] فالنص صريح في أن علة إرسال الرسل هي ﴿لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى الله حُجَّةٌ . .﴾ .

وقوله تعالى : ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاء مِنْكُمْ﴾ [الحشر: ٧] بعد أن ذَكَر الله مصارف الفيء وهي للفقراء والمساكين . . الخ . فهذا النص صريح في أن العلة هي منع جعل المال متداولاً بين الأغنياء دون غيرهم .

وقوله تعالى : ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَراً زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٣٧] فهذا النص صريح في دلالته القطعية على أن علة زواج النبي ﷺ بزينب ، بعد أن طلقها زيد ، هي دفع

---

(١) الآمدي ج ٣ ص ٣٦٤ وما بعدها ، «فواتح الرحموت» ج ٢ ص ٢٣٩ وما بعدها ، «التلويح والتوضيح» ج ٢ ص ٦٨ وما بعدها .

الحرج عن المؤمنين في نكاح زوجات أبنائهم بالتبني .

وقوله عليه الصلاة والسلام عندما أذن لهم بادخار لحوم الأضاحي بعد أن نهاهم عنه : «إنّما نهيتُكم عن ادخَارِ لُحُومِ الأضَاحِي لأجلِ الدَّافَّة فَكُلُوا وَادَّخِروا» ، فعلة النهي أولاً : هي حاجة الوافدين على المدينة إلى الطعام ، فلما زالت العلة زال الحكم بتحريك الادخار .

وقوله عليه الصلاة والسلام : «إنما جُعِلَ الاستئذانُ من أَجل البصر» ، صريح قطعي في أن علة الاستئذان : هي منع اطلاع الإنسان على ما لا يحل له الاطلاع عليه ، فيقاس عليه المنع من اطلاع الإنسان من شباك إلى داخل بيت غيره .

ب ـ الدلالة على العلة بالنص الصريح غير القطعي في العلية ، أي أن النص يدل على العلة ، ولكنه يحتمل غيرها احتمالاً مرجوحاً لا يمنع من ظهور النص فيها ، فتكون دلالته على العلية صريحة ظنية .

مثل قوله تعالى : ﴿كِتَابٌ أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ لِتُخْرِجَ النَّاسَ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ﴾ فاللام في (لِتُخْرِجَ) تعتبر للتعليل وإن كانت تحتمل أن تكون للعاقبة لا للتعليل .

ج ـ الدلالة على العلة بالنص غير الصريح في العلة ، لكنه يشير إلى العلة وينبه عليها ، وذلك بأن توجد قرينة تجعله يدل على العلة ، ومن مظاهر هذا النوع :

مجيء جملة مؤكدة بـ «ان» بعد جملة جاءت مشتملة على الحكم ، مثل قوله عليه الصلاة والسلام ، جواباً لمن سأله عن سؤر الهرة ، : «إنه ليس بِنَجَسٍ ، إنها مِن الطَّوَّافِينَ عَليكُم والطَّوَّافَاتِ» .

أو بأن يقع الكلام موقع الجواب كقوله عليه السلام : «اعْتِقْ رَقَبَةً» لمن أخبره بملامسته لزوجته في رمضان .

أو بأن يقرن الوصف بالحكم ، فهذا الاقتران يدل على أن الوصف الذي اقترن بالحكم هو علته . وهذا ما يعبر عنه الأصوليون بقولهم : تعليق الحكم بالمشتق

يؤذن بعلية ما منه الاشتقاق، مثل قوله تعالى: ﴿السَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، وقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور. ٢]، وقوله ﷺ: «لا يَرِثُ القاتلُ»، و«لاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»، و«لاَ يَقْضِي القَاضِي وَهو غَضْبَانُ».

١٩٧ ـ ثانياً: الإجماع:

وقد يثبت كون هذا الوصف علة عن طريق الإجماع، مثل: الإجماع على أن امتزاج النسبين في الأخ الشقيق ـ أي قرابته من جهة الأب وجهة الأم ـ هو العلة في تقديمه على الأخ لأب في الميراث؛ فيقاس عليه تقديمه أيضاً على الأخ لأب في الولاية على النفس؛ ويقاس عليه أيضاً تقديم ابن الأخ الشقيق وابن العم الشقيق، على ابن الأخ لأب وابن العم لأب على التوالي في الميراث.

١٩٨ ـ ثالثاً: السبر والتقسيم:

إذا لم تثبت العلة لا بنص ولا بإجماع، تحول المجتهد إلى استنباط العلة بالسبر والتقسيم. ومعنى السبر: الاختبار، ومعنى التقسيم: هو أن المجتهد يحصر الأوصاف التي يراها صالحة لأن تكون علة للحكم، ثم يكر عليها بالفحص والاختبار والتأمل فيبطل منها ما يراه غير صالح للإبقاء، ويستبقي منها ما يراه صالحاً لأن يكون علة حتى يصل بعد هذا الإلغاء والإبقاء إلى أن هذا الوصف دون غيره هو العلة. والمجتهد في هذه العملية يسترشد بشروط العلة، فلا يستبقي إلا الوصف الظاهر المنضبط المناسب المتعدى، فمثلاً: ورد النص بتحريم الخمر، ولم يبلغ بعض المجتهدين قول النبي ﷺ: «كل مسكرٍ خَمْرٌ» أو بلغه ولم يصح عند، فيبحث عن علة تحريم الخمر عن طريق السبر والتقسيم، فيحضر الأوصاف التي يمكن أن تكون إحداها علة التحريم، مثل كون الخمر من العنب، أو كونها سائلاً، أو كونها مسكراً، ثم يردد النظر في هذه الأوصاف مستهدياً بشروط العلة، فيلغي الوصف الأول لكونه قاصراً، والشرط في العلة أن تكون وصفاً متعدياً؛ ويلغي الوصف الثاني وهو كون الخمر سائلاً، لأن هذا الوصف طردي أي اتفاقي لا علاقة له بالحكم ولا

تأثير له فيه؛ ثم يستبقي الوصف الثالث وهو الإسكار، لأنه وصف ظاهر مناسب للحكم.

ومثله أيضاً: أن النص ورد بولاية الأب على تزويج ابنته البكر الصغيرة، ولم تثبت علة هذا الحكم بنص ولا إجماع، فينظر المجتهد في النص ويحصر العلة بأحد اثنين: البكارة أو الصغر، ويردد النظر فيهما، وبعد التأمل يستبعد وصف البكارة، لأن الشارع ما اعتبرها بأي نوع من أنواع الاعتبار، ويستبقي وصف الصغر لأن الشارع اعتبره علة في الولاية على مال الصغير. فيكون هذا دليلاً على أن الشارع اعتبر وصفاً معيناً ـ وهو الصغر هنا ـ علة لجنس الحكم وهو الولاية المطلقة، لأن الولاية على المال والولاية عليها في التزويج من جنس واحد، فيحكم المجتهد بأن العلة التي يبحث عنها هي الصغر لا البكارة، فيقيس عند ذاك الثيب الصغيرة على البكر الصغيرة في ثبوت الولاية للأب عليها في التزويج.

ولا شك أن أنظار المجتهدين تختلف في عملية السبر والتقسيم، فقد يرى مجتهد أن هذا الوصف هو المناسب، بينما لا يراه غيره مناسباً، فالحنفية مثلاً رأوا أن علة الولاية للأب في تزويج ابنته البكر الصغيرة: هي الصغر لا البكارة، بينما رآها الشافعية: البكارة لا الصغر.

ومن اختلاف الفقهاء في استنباط العلة أيضاً: أن السنة وردت بتحريم مبادلة بعض الأصناف بجنسها متفاضلاً، وهي الذهب والفضة والشعير والبر والتمر والزبيب، وفي رواية والملح؛ ولم يقم دليل شرعي من نص أو إجماع على علة هذا الحكم. فالمجتهد يبحث في علة هذا الحكم وقد يصل باجتهاده ـ بطريق السبر والتقسيم ـ إلى أن العلة: هي اتحاد الجنس وكون هذه الأصناف مما يكال أو يوزن، وهذا قول الحنفية ومن وافقهم، أو أن العلة: هي اتحاد الجنس مع كون هذه الأصناف طعاماً أو أثماناً، وهذا قول الشافعية ومن وافقهم، أو أن العلة: هي اتحاد الجنس وكون هذه الاصناف قوتاً مدخراً أو اثماناً وهذا قول المالكية ومن وافقهم. وعلى أساس نوع العلة التي استنبطها الفقهاء يكون القياس. فعلى رأي الحنفية يقاس

على موضع النص كل المقدرات بالكيل والوزن حتى ولو لم تكن طعاماً ولا قوتاً مدخراً. وعلى رأي الشافعية لا يقاس عليها إلا ما كان طعاماً أو أثماناً، وعلى رأي المالكية يجب أن يكون المقيس قوتاً مدخراً أو من الاثمان.

١٩٩ - رابعاً: تنقيح المناط:

وهذا من مسالك العلة على رأي بعض الأصوليين، وليس بمسلك على رأي البعض الآخر منهم.

والتنقيح معناه في اللغة: التهذيب والتمييز، والمناط: هي العلة؛ وفي اصطلاح الأصوليين يراد بتنقيح المناط: تهذيب العلة مما علق بها من الأوصاف التي لا مدخل لها في العلية، وذلك بأن يرد النص مشتملاً على العلة، مقترناً بها بعض الأوصاف التي لا علاقة لها بالحكم، ولا مدخل لها في العلية من غير أن يدل النص على العلة بعينها.

مثاله: ما ورد في السنة من أن أعرابياً وَاقَعَ زوجته في نهار رمضان عامداً، فجاء إلى النبي ﷺ وأخبره فأمره بالكفارة(١).

فهذا الحديث دل على علية الحكم، ولكن لم يدل على وصف معين أنه هو العلة، أي أن النص اشتمل على العلة ولكن لم يدل على وصف معين أنه هو العلة، فالنص اشتمل على العلة ولكنها غير مهذبة ولا خالصة من الشوائب والأوصاف التي لا علاقة لها بالعلية، فيأتي المجتهد ويخلص العلة الحقيقية مما اقترن بها أو علق بها، مثل كون المجامع أعرابياً وأن الواقعة حصلت في المدينة، وكون الجماع في شهر

---

(١) أصل الحديث هذا نصه: - عن أبي هريرة قال: جاء رجل إلى النبي (ﷺ) فقال: يا رسول الله هلكت. قال: ما أهلكك! قال: وقعت على أهلي وأنا صائم. فقال رسول الله (ﷺ): هل تجد رقبة تعتقها؟ قال: لا. قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا قال: هل تجد اطعام ستين مسكينا؟ قال: لا. قال: فاجلس. فبينما نحن على ذلك اذ اتى النبي (ﷺ) بعذق فيه تمر فقال: أين السائل؟ قال: أنا. قال: خذ هذا فتصدق به. قال: أعلى أفقر مني؟ فوالله ما بين لابتيها أهل بيت أفقر منا. فضحك رسول الله (ﷺ) ثم قال: أطعمه أهلك. رواه البخارى ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجة: انظر «تيسير الوصول» ج٢ ص٣٤٠، والعذق: الزنبيل. واللابة: الأرض ذات الحجارة السود الكثيرة وهي الحرة في المدينة المنورة، ولابتا المدينة حرتاها من الجانبين.

رمضان من تلك السنة بعينها؛ فيستبعد المجتهد هذه الأوصاف، ويصل بعد ذلك إلى أن الوقاع عمداً في نهار رمضان هو علة الحكم بوجوب الكفارة؛ وهذا ما ذهب إليه الشافعية ومن وافقهم. أما الحنفية ومن وافقهم فقد ذهبوا إلى مدى أبعد في تهذيب العلة، فليست العلة عندهم خصوص الجماع، وإنما العلة ـ بعد تهذيبها كاملاً ـ هي انتهاك حرمة رمضان عمداً بتناول المفطر المفسد للصوم، ومباشرته من جماع أو أكل أو شرب. ويكون الجماع كمفسد للصوم ثابتاً بعبارة النص، ويكون الأكل والشرب كمفسد للصوم ثابتاً بدلالة النص(١). فأنظار المجتهدين تختلف أيضاً في تنقيح المناط، فقد يعتبر بعضهم أن هذا الوصف هو العلة، وقد يعتبر البعض الآخر وصفاً آخر هو العلة، كما رأينا في قصة الأعرابي، ونظر الشافعية والحنفية لها.

٢٠٠ ـ تخريج المناط، وتحقيق المناط:

ومن الاصطلاحات الأصولية التي قد تختلط بغيرها، اصطلاح تخريج المناط، واصطلاح تحقيق المناط.

أما تخريج المناط، فمعناه: استخراج العلة ـ أي علة الحكم ـ التي لم يدل عليها نص ولا إجماع باتباع أي مسلك من مسالك العلة: كالسبر والتقسيم مثلاً: فهو إذن: استنباط علة الحكم التي لم يرد نص بها ولم ينعقد إجماع عليها، بالطرق التي يتوصل بها إلى معرفة العلة غير المنصوص عليها، أو غير المجمع عليها، مثل: التوصل إلى أن علة تحريم الخمر هو الإسكار، وأن علة الولاية في التزويج هي الصغر، وأن علة إيجاب القصاص في القتل العمد هي القتل بآلة من شأنها أن تقتل عادة، فيثبت حكم القصاص في كل قتل إذا تم بآلة من شأنها إزهاق روح الإنسان،

(١) المقصود بعبارة النص: دلالة صيغة النص على المعنى المتبادر منه سواء اكان هذا المعنى مقصودا من سياقه اصالة او تبعاً، مثل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ البيعَ وحَرَّمَ الرِّبا﴾ [البقرة: ٢٧٥] فالمعنى المتبادر من هذا النص: هو نفي المماثلة بين البيع والربا وهذا هو المعنى الاصلي للنص: والمعنى ثبوت الحكم المنطوق به للمسكوت عنه لاشتراك الاثنين (أي المنطوق به والمسكوت عنه) في علة الثاني له: هو ان حكم البيع الاحلال وحكم الربا التحريم. أما دلالة النص فهي دلالة اللفظ على الحكم وسيأتي تفصيل ذلك في الباب الثالث ان شاء الله.

سواء أكانت هذه الآلة معهودة في الزمان الأول ـ كالسيف ـ ، أو مستحدثة في العصر الحديث كالبندقية مثلاً .

أما تحقيق المناط فيراد به النـظر والبحث في تحقق العلة ـ الثابتـة بالنص أو بالإجماع أو بالاستنباط ـ في واقعة غير التي ورد فيها النص ، مثاله : أن علة اعتزال النساء في المحيض هي الأذى . فينظر المجتهد في تحقق هذه العلة في النفاس فاذا رآها موجودة فيه أجرى القياس وعدى الحكم ـ حكم الأصل ـ الى الفرع وهو وجوب اعتزال النساء في النفاس .

ومثله أيضاً : أن علة تحريم الخمر هو الإسكار ، فيبحث المجتهد وينظر في تحقق هذه العلة في أي نبيذ آخر ، فإذا ما وجدها متحققة فيه عدى حكم الأصل إليه وهو تحريم شربه .

والخلاصة : إن تنقيح المناط هو تنقية العلة من الشوائب وتخليصها مما علق بها ، ولا أثر له في العلية .

وتخريج المناط : هو استنباط العلة غير المنصوص عليها أو المجمع عليها بأي طريق من طرق التعرف عليها .

وتحقيق المناط : هو النظر والبحث عن وجود علة الأصل ـ بعد ثبوتها ومعرفتها ـ في الفرع .

٢٠١ ـ أقسام القياس أو أنواعه :

مبنى القياس ـ كما قلنا ـ : اشتراك الفرع مع الأصل في العلة . إلا أن العلة قد تكون في الفرع أقوى منها في الأصل ، وهذا هو قياس الأولى . وقد تكون في الفرع مساوية لما في الأصل ،

وهذا هو القياس المساوي . وقد تكون في الفرع أضعف منها في الأصل ، وهذا هو القياس الأدنى .

أولاً: القياس الأولى:

وهو ما كانت علة الفرع أقوى منها في الأصل، فيكون ثبوت حكم الأصل للفرع أولى من ثبوته للأصل بطريق أولى، مثاله قوله تعالى في الوصية بالوالدين: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣] فالنص يحرم التأفيف للوالدين، والعلة هي ما في هذا اللفظ من إيذاء؛ وهذه العلة موجودة في ضرب الوالدين بشكل أقوى وأشد مما في الأصل، فيكون تحريم ضرب الوالدين بالقياس على موضع النص بطريق القياس الأولى(١).

ثانياً: القياس المساوي:

وهو ما كانت العلة التي بنى عليها الحكم في الأصل موجودة في الفرع بقدر ما هي متحققة في الأصل. كما في تحريم أكل مال اليتامى ظلماً الثابت بقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً﴾ [النساء: ١٠] وعلة الحكم هي الاعتداء على مال اليتيم وإتلافه عليه. وإحراق مال اليتيم ظلماً يساوي واقعة النص في العلة، فيكون حكمه حكم أكله ظلماً، أي تحريمه.

ثالثاً: القياس الأدنى:

وهو ما كان تحقق العلة في الفرع أضعف وأقل وضوحاً مما في الأصل، وإن كان الاثنان متساويين في تحقق أصل المعنى الذي به صار الوصف علة، كالإسكار فهو علة تحريم الخمر ولكن قد يكون على نحو أضعف في نبيذ آخر وإن كان في الاثنين صفة الإسكار.

٢٠٢ ـ حجية القياس:

---

(١) ذهب بعض الاصوليين الى ان حرمة ضرب الوالدين ثابتة بالنص لا بالقياس لان علة النص المحرم للتأفيف هو الايذاء، وهو معنى واضح مفهوم لا يحتاج الى استنباط، يعرفه كل من يعرف اللغة العربية. وهذا المعنى واضح في الضرب ونحوه بشكل اوضح ويعرف بلا جهد او استنباط، فيكون التأفيف محرما بعبارة النص والضرب ونحوه محرما بدلالة النص.

قلنا: إن القياس يعتبر حجة شرعية ودليلاً من أدلة الأحكام على رأي الجمهور من الفقهاء. وخالف في ذلك الظاهرية وبعض المعتزلة والجعفرية(١)، والآن وقد بينا حقيقة القياس وأركانه وشروطه وضوابطه نبين ما استدل به المثبتون للقياس والنافون له.

٢٠٣ ـ أدلة القائلين بالقياس:

احتج القائلون بالقياس بجملة أدلة من الكتاب والسنة وعمل الصحابة والمعقول. ونحن نوجز أهم هذه الأدلة ونذكر خلاصتها فقط.

أولاً: جاء في القرآن الكريم: ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ﴾ [الحشر: ٢] وقد ذكر الله تعالى هذا بعد بيانه لما جرى «لبني النضير» من نكال في الدنيا بسبب كفرهم وكيدهم للرسول ﷺ وللمؤمنين، ومعنى هذه الآية: تأملوا يا أصحاب العقول السليمة، واحذروا أن يصيبكم مثل ما أصابهم إن فعلتم مثل فعلهم، فإن سنة الله واحدة تجري على الجميع، وإن ما يجري على شيء يجري على نظيره. وليس معنى القياس إلا هذا، يوضحه أن «الاعتبار» يعني الانتقال من الشيء إلى غيره، لأنه مشتق من العبور، يقال: عبرت النهر: إذا جاوزته بالابتعاد عن هذه الجهة إلى الجهة الأخرى، وما القياس إلا انتقال بالحكم من المقيس عليه إلى المقيس. ولما كان «الاعتبار» مأموراً به، بنص هذه الآية، والقياس فرد من أفراد الاعتبار فيكون القياس مأموراً به والمأمور به واجب، والواجب مشروع غير محظور، فيكون القياس حجة شرعية ودليلاً معتبراً يلزم العمل بمقتضاه. ولا يقال: إن هذا الاستدلال غير متوجه ولا مقبول، لأن «الاعتبار» معناه الاتعاظ، لا يقال هذا لأن حمل

(١) الا ان علماء الجعفرية يأخذون بمنصوص العلة ويعتبرونه حجة ويجعلون ثبوت الحكم في هذه الحالة للفرع بالنص لا بالقياس. كما انهم يأخذون بقياس الاولى ولا يسمونه قياسا ويعتبره بعضهم من قبيل منصوص العلة أيضا كحرمة ضرب الوالدين المستفاد من قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾ وما عدا ذلك من القياس لم يأخذ به علماء الجعفرية وهذا هو المنقول عنهم قاطبة الا ابن الجنيد: انظر «أصول الاستنباط» تأليف العلامة السيد علي تقي الحيدري ص ٢٥٨ ـ ٢٥٩.

معنى الاعتبار على الاتعاظ لا ينفي الاستدلال بالآية ، لأن الاتعاظ لا يتأتى إلا إذا كان النظير يأخذ حكم نظيره ، كما لو قيل : إن فلاناً فصل من وظيفته لخيانته ، فاتعظوا أيها الموظفون ، أو إن الطالب الفلاني رسب لكسله ، فاتعظوا ايها الطلاب ، فلا معنى لهذا الكلام إلا إذا حمل على أن من يفعل فعل الموظف المفصول يفصل ، ومن يفعل فعل الطالب الراسب يرسب .

ثانياً: في حديث معاذ المشهور ـ لما أرسله النبي ﷺ قاضياً إلى اليمين ، وسأله بم تقضي أجاب معاذ : بالكتاب ، ثم بالسنة ، ثم بالاجتهاد ، فأقره النبي ﷺ على هذا الترتيب ، وما القياس إلا نوع من أنواع الاجتهاد بالرأي ، فيكون مشروعاً ودليلاً من أدلة الأحكام .

ثالثاً : وفي السنة آثار كثيرة تدل على أن النبي ﷺ نبه إلى القياس ودل على صلاحيته لاستنباط الأحكام ، ومن ذلك ما روي أن عمر بن الخطاب جاء إلى النبي ﷺ ، فقال : يا رسول الله ، صنعت اليوم أمراً عظيماً ، قبلت وأنا صائم ، فقال له النبي ﷺ : أرأيت لو تمضمضت بالماء؟ فقال : لا بأس . قال ﷺ : فمه(١) «أي فماذا عليك ، أي حسبك هذا» .

وعن ابن عباس : أن امرأة من خثعم جاءت إلى النبي ﷺ تستفتيه ،فقالت: يا رسول الله ، إن فريضة الله على عباده في الحج أدركت أبي شيخاً كبيراً لا يستطيع أن يثبت على الراحلة ،
أفأحج عنه؟ قال: نعم .

وفي رواية أخرى : أتى رجل إلى النبي ﷺ ، فقال : إن أمي نذرت أن تحج ، وإنها ماتت أفأحج عنها : فقال ﷺ : لو كان عليها دين أكنت قاضيه عنها؟ قال : نعم ، قال : فأقض الله فهو أحق بالقضاء(٢) .

وفي الحديث الصحيح : أن أعرابياً أتى رسول الله ﷺ ، فقال : إن امرأتي ولدت غلاماً أسود وإني أنكرته ، فقال رسول الله ﷺ : هل لك من إبل ،

---

(١) «تيسير الوصول» ج ٢ ص ٣٢٧ ..

(٢) المرجع السابق ج ١ ص ٣٣ .

قال : نعم ، قال : فما ألوانها؟ قال : حمر . قال : هل فيها من أورق؟ قال : إن فيها أورقاً . قال : فأنّى ترى ذلك جاءها؟ قال : يا رسول الله ، لعل عرقاً نزعه . قال : لعل هذا أيضاً عرق نزعه(١) .

رابعاً: وقد كان الصحابة يجتهدون في النوازل والوقائع ، ويقيسون بعض الأحكام على بعض ، ويعتبرون النظير بنظيره . فمن ذلك : قول ابن عباس لما سمع نهي النبي ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه ، قال : «أحسب كل شيء بمنزلة الطعام» .

وأدخلوا العول على أنصبة الورثة إذا كانت سهامهم أكثر من سهام المسألة الميراثية ، قياساً على إدخال النقص على الغرماء إذا كانت ديونهم أكثر من مال المدين . وقاس ابن عباس الجد على ابن الابن في حجب الإخوة ، وقال : ألا يتقي الله زيد بن ثابت ، يجعل ابن الابن ابناً ، ولا يجعل أب الأب أباً(٢) .

وفي كتاب عمر بن الخطاب لأبي موسى الأشعري « . . الفهم الفهم فيما أدلي إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ، ثم قايس الأمور عند ذاك واعرف الأمثال ، ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله ، وأشبهها بالحق . . »(٣) .

فهذه الأخبار ونحوها تدل على الأخذ بالقياس ، دون إنكار من أحد ، فتفيد التواتر المعنوي على صحة الأخذ بالقياس .

خامساً: إن الغرض من تشريع الأحكام تحقيق مصالح العباد ، وهذه هي الحكمة المقصودة من التشريع . ومما يتفق وهذا الغرض الأخذ بالقياس ، لأنه ليس إلا تعدية الحكم الوارد في واقعة معينة إلى الوقائع المماثلة المشتركة معها في

---

(١) «أعلام الموقعين» ج ١ ص ١٣٧ .

(٢) «أعلام الموقعين» ج ١ ص ١٨٢ وما بعدها .

(٣) انظر هذا الكتاب بتمامه في «أعلام الموقعين» ج ١ ص ٧٧ وما بعدها .

العلة، وهذا ما يقتضيه عدل الرب وحكمته، ويتفق ومنهج الشريعة في تشريع الأحكام؛ فليس من مسلكها تحريم الشيء وإباحة نظيره، أو إباحة الشيء وتحريم مثيله.

سادساً: إن النصوص ـ من كتاب أو سنة ـ متناهية قطعاً، ووقائع الناس غير متناهية، فلا يمكن أن يحيط المتناهي بغير المتناهي، فكان لا بد من ملاحظة العلل والمعاني التي تضمنتها النصوص، أو أشارت إليها، أو أمكن استنباطها منها، وإعطاء الحكم المنصوص عليه لكل واقعة تتحقق فيها علة الحكم، وبهذا النهج لا تضيق الشريعة بأي واقعة جديدة أو نازلة لم تقع من قبل، ولم يرد بحكمها نص.

٢٠٤ ـ أدلة نفاة القياس:

واحتج نفاة القياس بجملة أدلة، نذكر خلاصة أهمها:

أولاً: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللهِ وَرَسُولِهِ﴾ [الحجرات: ١]. والقائل بالقياس يعارض مدلول هذه الآية، لأن القياس تقدُّم أو تقديمٌ بين يدي الله ورسوله بحكم يقول به في واقعة لم يرد فيها نص من كتاب أو سنة.

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦] أي لا تتبع ما ليس لك به علم. والقياس أمر ظني مشكوك فيه، فيكون العمل به بغير علم ومن قبيل الظن الذي لا يغني من الحق شيئاً، كما جاء في القرآن الكريم.

وقوله تعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِكُلِّ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٨٩] ففي القرآن بيان كل حكم فلا حاجة معه للقياس، لأنه إن جاء بحكم ورد في القرآن ففي القرآن الكفاية، وإن جاء بما يخالفه فهو مرفوض غير مقبول.

ثانياً: وردت آثار كثيرة عن الصحابة بذم الرأي وإنكار العمل به، ومن ذلك قول

عمر: «إياكم وأصحاب الرأي، فإنهم أعداء السنن أعيتهم الأحاديث أن يحفظوها، فقالوا بالرأي فضلوا وأضلوا»، وقوله أيضاً: «إياكم والمكايلة، قيل: وما المكايلة؟ قال: المقايسة»، وقال علي بن أبي طالب: «لو كان الدين يؤخذ بالرأي، لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره». وهذا يدل على ذم القياس، وأنه ليس بحجة فلا يعمل به.

ثالثاً: إن القياس يؤدي إلى الاختلاف والنزاع بين الأمة لأنه مبني على أمور ظنية من استنباط علة الأصل وتحققها في الفرع، وهذه أمور تختلف فيها الأنظار، فتختلف الأحكام، ويكون في الواقعة الواحدة أحكام مختلفة، فتتفرق الأمة، والفرقة أمر مذموم غير محمود، وما يؤدي إليه مذموم أيضاً وهو القياس.

رابعاً: إن أحكام الشريعة لم تبن على أساس التسوية بين المتماثلين، والتفريق بين المختلفين، ولهذا نجد في الشريعة أحكاماً مختلفة لأمور متماثلة وأحكاماً متماثلة لأمور مختلفة.

فمن الأول: إسقاط الصوم والصلاة عن الحائض في مدة حيضها، وتكليفها بقضاء الصوم دون الصلاة بعد طهرها. وإيجاب قطع يد السارق وعدم قطع يد المنتهب، ولا فرق بين الاثنين. وإقامة الحد على القاذف بالزنا دون القاذف بالكفر، مع أن الكفر أقبح من الزنا.

ومن الثاني: جعل التراب طهوراً كالماء وهما مختلفان.

فإذا كانت الشريعة لم تراع التماثل بين الأشياء في تشريعها الأحكام فلا حجة في القياس، لأنه يعتمد المساواة والتماثل والشريعة لم تعتبرهما كما قلنا.

٢٠٥ ـ القول الراجح:

الواقع أن منكري القياس ما أرادوا بقولهم إلا التمسك بالنصوص، وصيانة الشريعة من الاضطراب والأهواء، وقد وجدوا من الدلائل ما رأوه حجة لما ذهبوا

إليه . وكذلك القائلون بالقياس ، لم يريدوا بقولهم مناهضة النصوص والافتيات عليها والابتعاد عنها ، ولا العبث بأحكام الشريعة وتسليط الهوى عليها . وقد رأينا ما اشترطوه من شروط لصحة القياس لئلا يقعوا فيما لا يجوز ؛ فكل فريق مثاب على جهده وحسن قصده ، ومع هذا فلا بد من بيان ما نراه راجحاً من قول الفريقين .

ولدى التأمل في أدلة الفريقين والنظر في مباني الأحكام الشرعية والغرض من التشريع ، نخرج من ذلك كله بترجيح قول القائلين بحجية القياس .

وتفصيل ذلك : إن الأحكام الشرعية معللة ، أي أنها بنيت على علل وأوصاف اقتضت هذه الأحكام ، سواء أكانت عبادات أو معاملات ، ولكن علل العبادات محجوبة عنا لا سبيل إلى إدراكها تفصيلاً ، وإن كنا جازمين بوجود هذه العلل التي اقتضت هذه الأحكام المعينة في العبادات .

أما في المعاملات فإن عللها يمكن إدراكها، وحيث أمكن إدراكها بطريق سائغ مقبول أمكن طرد أحكامها في جميع الوقائع التي تشتمل على هذه العلل ، جرياً وراء نهج الشريعة في التشريع وأخذاً بقانون التماثل الذي دل عليه القرآن في كثير من نصوصه . . ذلك أن القياس قائم على أساس أن الأحكام الشرعية معللة ، وأن التسوية بين المتماثلين والتفريق بين المختلفين أمر مشهود له بالصحة والاعتبار ، وقد فطر الله عليه عباده ، وطفحت به نصوص القرآن الكثيرة . . من ذلك ما احتج به المثبتون للقياس ، مثل قوله تعالى : ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الأبصارِ﴾ [الحشر : ٢] ، ومثل هذا كثير كقوله تعالى : ﴿أَكُفَّارُكُمْ خَيْرٌ مِنْ أُولَٰئِكُمْ أَمْ لَكُمْ بَرَاءَةٌ فِي الزُّبُرِ﴾ [القمر : ٤٣] ، وقوله تعالى : ﴿أَفَلَمْ يَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَيَنْظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ دَمَّرَ اللهُ عَلَيْهِمْ وَلِلْكَافِرِينَ أَمْثَالُهَا﴾ [محمد : ١٠] ، وقوله تعالى : ﴿وَكَذَٰلِكَ نَجْزِي الْقَوْمَ الْمُجْرِمِينَ﴾ [الأعراف : ٤٠] بعد أن قص الله علينا ما حاق بقوم عاد من عذاب أليم . فهذه الآيات وأمثالها تدل على أن حكم الشيء حكم نظيره ، وهذه هي سنة الله في الكون ، ولو لم يكن الأمر هكذا لما كان في سوق هذه الآيات معنى ، ولا فيها دلالة ولا عبرة ولا تقام بها حجة . وكذلك بينت

النصوص القرآنية أن حكم الله هو عدم التسوية بين المختلفين، وأن مَنْ جَوَّز على الله أن يسوي بينهما في الحكم، فقد نسب إليه ما لا يليق به من حيث يشعر أو لا يشعر، قال تعالى: ﴿أَفَنَجْعَلُ ٱلْمُسْلِمِينَ كَٱلْمُجْرِمِينَ مَا لَكُمْ كَيْفَ تَحْكُمُونَ﴾[القلم: ٣٥،٣٦]، ﴿أَمْ حَسِبَ الَّذِينَ اجْتَرَحُوا السَّيِّئَاتِ أَنْ نَجْعَلَهُمْ كَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ سَوَاءً مَحْيَاهُمْ وَمَمَاتُهُمْ سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ﴾ [الجاثية: ٢١] ﴿أَمْ نَجْعَلُ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ كَٱلْمُفْسِدِينَ فِي ٱلْأَرْضِ أَمْ نَجْعَلُ ٱلْمُتَّقِينَ كَٱلْفُجَّارِ﴾ [ص: ٢٨].

فالقرآن إذن شاهد على صحة قانون التساوي بين المتماثلين والتفريق بين المختلفين، وما القياس إلا أخذ بهذا القانون وتطبيقه على الوقائع التي لم يرد بحكمها نص بإلحاقها بما ورد به نص في الحكم ما دامت الواقعتان متماثلتين ومتساويتين في العلة التي اقتضت الحكم.

أما ما احتج به نفاة القياس فلا حجة لهم فيه ولا يدل على مدعاهم، لأن القياس يؤخذ به حيث لا نص في المسألة فلا يكون مخالفاً لآية: ﴿لَا تُقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَي اللهِ وَرَسُولِهِ﴾ [الحجرات: ١].. ولأنه يكشف عن حكم الله في الواقعة التي لم يرد بحكمها نص صريح، فهو مظهر لحكم ثابت، وليس مثبتاً لحكم غير موجود فلا يكون مخالفاً لآية: ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ﴾ [المائدة: ٤٩]. وإن القياس يفيدنا الظن الراجح في صحة الحكم والظن الراجح كاف في إثبات الأحكام العملية، فلا يكون مخالفاً لآية: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦] وآية: ﴿وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً﴾ [النجم: ٢٨]. وكون القرآن تبياناً لكل شيء، يعني تبيانه للأحكام لفظاً أو معنى، وليس معناه النص الصريح على كل حكم؛ والقياس تعلق بدلالة القرآن على الأحكام بالمعنى فلا يستغنى عن القياس.

أما الآثار الواردة عن الصحابة في ذم الرأي والقياس، فتحمل على الرأي الفاسد والقياس الفاسد. ونحن نسلم أن من القياس ما هو فاسد، كما أن منه ما هو صحيح؛ والصحيح هو ما توافر فيه ما قلناه في أركانه وشروطه.

والفاسد ما كان خلاف ذلك، مثل قياس المبطلين الذين: ﴿قالوا إِنَّمَا الْبَيْعُ

مِثْلُ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، مع أن حقيقة البيع تخالف حقيقة الربا. ومثل ما قص الله علينا من قول إخوة يوسف: ﴿إِنْ يَسْرِقْ فَقَدْ سَرَقَ أَخٌ لَهُ مِنْ قَبْلُ﴾ [يوسف: ٧٧]. وكقياس إبليس المبني على أن النار أفضل من الطين، وحيث أنه مخلوق من نار فيكون هو - بزعمه - أفضل من آدم المخلوق من طين، فيستحق هو - لا آدم - السجود، فهذا قياس باطل أو استدلال بقياس باطل.. ولكن وجود قياس فاسد لا يقدح في حجية الصحيح منه.. فإننا نجد مما ينسب إلى السنة ما هو باطل قطعاً، ولكن لا يقدح هذا في وجوب اتباع السنة وعدها دليلاً شرعياً.. فكذا الحال في القياس، إذا وجد منه ما هو فاسد لا يعني ترك القياس بالكلية وعدم اعتباره دليلاً شرعياً.

وأما ما قالوه من أن القياس مثار اختلاف ونزاع، فالاختلاف موجود في استنباط الأحكام من السنة ومن القرآن وفي شروط صحة السنة وفي دلالتها على الأحكام. وكذلك يوجد اختلاف في فهم بعض نصوص القرآن، وما قال أحد بلزوم ترك السنة وعدم استنباط الأحكام منها منعاً للاختلاف.

وأصل المسألة: أن الاختلاف في استنباط الأحكام الشرعية العملية سائغ مادام هذا الاختلاف في وجهات النظر في أمور اجتهادية، ولا يوجد نص صريح قطعي في حكم المسألة المختلف فيها. فقداختلف الفقهاء في زمن الصحابة حتى يومنا هذا، بل إن نفاة القياس أنفسهم اختلفوا فيما بينهم في كثير من الأحكام حتى ولو كانوا من مذهب واحد. فدل ذلك على أن الاختلاف أمر بديهي سائغ في كل مسألة اجتهادية، وليس سببه الأخذ بالقياس أو عدمه.

وأخيراً فإن الاختلاف المذموم ما كان في المسائل الاعتقادية وأصول الدين لا في فروعه، وفي الأحكام القطعية أو المجمع عليها لا في الأحكام الظنية.

وأما ما قاله بعضهم من أن الشريعة جاءت بالتفريق بين المتماثلات والتسوية بين المختلفات، وبهذا ينهدم أساس القياس فلا تقوم به حجة. فهذا قول غير سديد مطلقاً، ولم يصدر عن اطلاع كاف على موارد الشريعة ومصادرها، ولا عن معرفة بما انطوت عليه من حكم باهرة، وأسرار جمة، ومصالح حقيقية، وإبتناء أحكامها على

معان وعلل اقتضت هذه الأحكام . . والشريعة لم تأت قط بما ينافي ما هو مركوز في الفطر السليمة من تفريق بين المختلفين، وتسوية بين المتساويين، وأحكامها الدالة على ذلك كثيرة.

أما إذا جاءت الشريعة باختصاص بعض الأنواع بحكم يفارق به نظائره، فلا بد أن يختص هذا النوع بوصف يوجب اختصاصه بالحكم، ويمنع مساواة غيره به. وهذا الوصف الذي اختص به قد يعرفه بعض الناس، وقد لا يعرفه البعض الآخر، وليس من شروط القياس الصحيح أن يعلم صحته كل أحد، فمن رأى شيئاً في الشريعة مخالفاً للقياس الصحيح الذي يقتضي التسوية بين المتماثلين والتفريق بين المختلفين، فهو مخالف للقياس الذي انعقد في نفسه وتصوره، وليس مخالفاً للقياس الصحيح الثابت في نفس الأمر(١).

فليس في الشريعة أحكام تخالف قانون التماثل؛ فمفارقة الحائض بعد طهرها في حكم قضاء الصوم دون الصلاة، مبني على معنى بيناه وهو الحرج في قضاء الصلاة دون الصوم لكثرة أوقات الصلاة، والحرج مرفوع شرعاً.

ووجوب حد القاذف بالزنا دون الكفر، لأن القذف بالزنا لا سبيل للناس للعلم بكذب القاذف، فكان حده تكذيباً له وتبرئة لعرض المقذوف، ودفعاً للعار عنه، لا سيما إن كانت امرأة.

أما الرمي بالكفر فإن شاهد حال المسلم واطلاع المسلمين عليه كاف في تكذيب القاذف، وباستطاعة المقذوف أن ينطق بكلمة الإيمان فيظهر كذب القاذف، أما الرمي بالزنا فماذا يفعل المقذوف حتى يظهر كذب القاذف؟ وكذلك إيجاب قطع السارق دون المنتهب، لأن الأول يهتك الحرز ويكسر القفل وينقب الدور، ولا يمكن لصاحب المتاع الاحتراز بأكثر من ذلك، فكان لا بد من إيجاب القطع على السارق حسماً لهذا البلاء على الناس. وهذا بخلاف المنتهب فإنه ينهب المال على مرأى من الناس فيمكن مطاردته وانتزاع المال من يده، كما يمكن الشهادة عليه لدى الحاكم فينتزع منه الحق، وفضلاً عن ذلك فإن المنتهب يعاقب تعزيراً. فليست حقيقة

---

(١) انظر رسالة «القياس» لابن تيمية في مجموعة رسائله الكبرى ص ٢١٧ـ٢١٨.

السرقة كحقيقة النهب ، فأفترقا في الحكم . والتراب صار طهوراً ورافعاً للحدث عند فقد الماء بحكم الشارع ، فهو حكم تعبدي ، والأحكام التعبدية لا تعرف تفاصيل عللها كما قلنا .

والخلاصة : فإن القياس الصحيح دليل من أدلة الأحكام ، وحجة شرعية كما ذهب إلى هذا الجمهور، وهو الراجح من القولين، وأنه يعمل به ويصار إليه بعد الكتاب والسنة والإجماع .

الفصل الخامس

الدليل الخامس

الاستحسان

٢٠٦ ـ تعريف الاستحسان:

الاستحسان في اللغة: عد الشيء حسناً، ويطلق أيضاً على ما يهواه الإنسان، ويميل إليه وإن كان مستقبحاً عند غيره.

وفي الاصطلاح، عرف بتعاريف كثيرة(١)، منها ما قاله البزدوي: «الاستحسان: هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه، أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه».

وقال الفقيه الحلواني الحنفي: «الاستحسان: ترك القياس لدليل أقوى منه من كتاب أو سنة أو إجماع».

وعرفه الإمام الكرخي الحنفي بقوله: «الاستحسان: هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه يقتضي العدول عن الأول».

وعرفه ابن العربي المالكي: «الاستحسان: هو إيثار ترك مقتضى الدليل عن

---

(١) «روضة الناظر وجنة المناظر» ج ١ ص ٤٠٧ وما بعدها، الآمدي ج ٤ ص ٢٠٩ وما بعدها، «كشف الأسرار» ج ٤ ص ١١٣٢، «المسودة» ص ٤٥٥.

طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارضه في بعض مقتضياته».

وعرفه بعض الحنابلة بقوله: «الاستحسان: هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص».

٢٠٧ ـ ويستفاد من مجموع هذه التعاريف أن المقصود بالاستحسان هو رد العدول عن قياس جلي إلى قياس خفي، أو استثناء مسألة جزئية من أصلي كي، لدليل تطمئن إليه نفس المجتهد يقتضي هذا الاستثناء أو ذاك العدل.

فإذا عرضت للمجتهد مسألة يتنازعها قياسان: الأول ظاهر جلي يقتضي حكماً معيناً، والثاني قياس خفي يقتضي حكماً آخر، وقام في نفس المجتهد دليل يقتضي ترجيح القياس الثاني على القياس الأول، أو العدول عن مقتضى القياس الجلي إلى مقتضى القياس الخفي، فهذا العدول أو ذلك الترجيح هو الاستحسان[1]؛ والدليل الذي اقتضى هذا العدول يسمى بوجه الاستحسان، أي سنده. والحكم الثابت بالاستحسان هو الحكم المستحسن، أي الثابت على خلاف القياس الجلي.

وكذلك إذا عرضت للمجتهد مسألة تندرج تحت قاعدة عامة أو يتناولها أصل كلي، ووجد المجتهد دليلاً خاصاً يقتضي استثناء هذه الجزئية من الأصل الكلي، والعدول بها عن الحكم الثابت لنظائرها إلى حكم آخر، للدليل الخاص الذي قام في نفسه، فهذا العدول الاستثنائي هو الاستحسان، والدليل الذي اقتضاه هو وجه الاستحسان، أي سنده، والحكم الثابت به هو الحكم المستحسن، أي الثابت على خلاف القياس، والقياس هنا هو الأصل الكلي أو القاعدة العامة.

٢٠٨ ـ الأمثلة:

أ ـ الحكم المقرر في الفقه الحنفي أن الحقوق الارتفاقية، كحق الشرب والمسيل والمرور للأرض الزراعية، لا تدخل في عقد البيع دون النص عليها، فهل يثبت

---

(١) ويسمي الحنفية ايضا القياس الخفي المقابل للقياس الجلي بالاستحسان، ويعللون ذلك بانه اقوى من القياس الظاهر، فيكون الاخذ به مستحسنا. انظر «التوضيح» ج ٢ ص ٨٢، و«كشف الأسرار» ج ٤ ص ١١٢٣.

هذا الحكم نفسه عند وقفها دون نص عليها في العقد، أم لا؟ قال الحنفية القياس عدم دخولها والاستحسان دخولها.

وتوضيح ذلك: أن وقف الأرض الزراعية يتجاذبها قياسان؛ الأول: قياسها على البيع، والثاني: قياسها على الإجارة. والأول هو الأظهر المتبادر إلى الذهن، بجامع ما في البيع والوقف من إخراج الملك من مالكه. ومقتضى هذا القياس الجلي عدم دخول الحقوق الارتفاقية في الوقف تبعاً للأرض بدون ذكرها والنص عليها، كما هو الحكم في البيع. والقياس الثاني، أي قياسها بالإجارة، مبناه أن كلاً من الإجارة والوقف، يفيد ملك الانتفاع بالعين ولا يفيد تملك رقبتها، وهذا قياس خفي لا يتبادر إلى الذهن، بل يحتاج إلى شيء من التأمل، ومقتضى هذا القياس دخول الحقوق الارتفاقية في الوقف تبعاً بلا حاجة للنص عليها، كما هو الحكم في الإجارة. فترجيح المجتهد للقياس الخفي على القياس الجلي هو الاستحسان؛ ووجهه، أي سنده: أن القياس الخفي أقوى تأثيراً من القياس الجلي، لأن المقصود بالوقف الانتفاع من الموقوف لا تملك رقبته كما قلنا، وحيث أن الانتفاع لا يتأتى بدون حقوقها الارتفاقية، فيلزم دخولها في الوقف تبعاً كما هو الحكم في الإجارة.

ب ـ ومن الأمثلة على استثناء مسألة جزئية من أصل كلي، جواز وصية المحجور عليه لسفه في وجوه الخير، فقد جازت هذه الوصية استحساناً، والقياس عدم الجواز؛ وكذلك وقفه على نفسه جاز استحساناً، والقياس عدم الجواز.

وتوضيح هذا الاستحسان في هاتين المسألتين، أن القاعدة العامة تقضي بعدم صحة تبرعات المحجور عليه لسفه حفظاً لماله، ولكن استثنيت وصيته في وجوه البر من هذه القاعدة العامة، لأن الوصية لا تفيد الملك إلا بعد وفاة الموصي. والوقف كالوصية، يحفظ المال على السفيه، فلا يؤثر هذا الاستثناء في الغرض من القاعدة العامة.

٢٠٩ ـ أنواع الاستحسان:

الاستحسان قد يكون استثناء جزئياً من أصل كلي، أو ترجيح قياس خفي على

قياس جلي، كما مثلنا، وهذه قسمة الاستحسان وأنواعه بالنظر إلى ما عدل عنه، وما عدل إليه.

وقد ينظر إلى الاستحسان من جهة مستنده، أي دليله، أو ما يعبر عنه في الكتب الفقهية بوجه الاستحسان، فيتنوع إلى الأنواع التالية:

٢١٠ ـ أولاً: الاستحسان بالنص ـ أي ما كان مستنده النص:

وهو أن يرد من الشارع نص خاص في جزئية يقتضي حكماً لها على خلاف الحكم الثابت لنظائرها بمقتضى القواعد العامة. فالنص يستثني هذه الجزئية من الحكم الثابت لنظائرها بمقتضى الأصل الكلي. فالقاعدة العامة، والأصل الكلي، يقضيان ببطلان بيع المعدوم، ولكن استثني السلم: وهو بيع ما ليس عند الإنسان وقت العقد، بنص خاص وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من أسلف منكم فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم». ومثله أيضاً خيار الشرط، فقد جاز استحساناً لورود النص في السنة بجوازه إلى ثلاثة أيام، استثناء من الأصل الكلي في العقود القاضي بلزومها.

٢١١ ـ ثانياً: الاستحسان بالإجماع:

كعقد الاستصناع، فهو جائز استحساناً، والقياس عدم جوازه لأنه عقد على معدوم، وإنما جاز استثناء من القاعدة العامة، ووجه الاستحسان جريان التعامل به بين الناس دون إنكار من أحد فكان إجماعاً. ومثله أيضاً: دخول الحمامات بأجر معلوم، فالقاعدة العامة تقضي بفساده لجهالة ما يستهلكه الداخل من الماء، وجهالة المدة التي يمكثها في الحمام، ولكنه جاز استثناء من القاعدة العامة استحساناً لجريان العرف به دون إنكار من أحد دفعاً للحرج عن الناس فكان إجماعاً.

٢١٢ ـ ثالثاً: استحسان سنده العرف:

كجواز وقف المنقول الذي جرى العرف بوقفه: كالكتب، والأواني، ونحوها على رأي بعض الفقهاء، استثناء من الأصل العام في الوقف، وهو أن يكون الوقف مؤبداً، فلا يصح إلا في العقار لا في المنقول، وإنما جاز وقف ما ذكرنا من المنقول

لجريان العرف به .

٢١٣ ـ رابعاً : استحسان بالضرورة :

ومثاله العفو عن رشاش البول ، والغبن اليسير في المعـاملات لعـدم إمكان التحرز منه . ومنه أيضاً تطهير الآبار التي تقع فيها النجاسة بنزح قدر معين من الماء منها ، استحساناً للضرورة ، ودفعاً للحرج عن الناس .

٢١٤ ـ خامساً : استحسان بالمصلحة :

ومثاله : تضمين الأجير المشترك ما يهلك عنده من أمتعة الناس ، إلا إذا كان الهلاك بقوة قاهرة لا يمكن دفعها أو التحرز منها ، مع أن الأصل العام يقضي بعدم تضمينه إلا بالتعدي أو بالتقصير لأنه أمين . ولكن أفتى كثير من الفقهاء بوجـوب الضمان عليه استحساناً ، رعاية لمصلحة الناس بالمحافظة على أموالهم نظراً لخراب الذمم وشيوع الخيانة وضعف الوازع الديني .

٢١٥ ـ سادساً : استحسان بالقياس الخفي :

وقد مثلنا له بوقف الأرض الزراعية دون النص على حقوقها الارتفاقية . ومثاله أيضاً : الحكم بطهارة سؤر سباع الطير . فالقياس الجلي ـ وهو قياسه على سؤر سباع البهائم ـ يقضي بنجاسته ، ولكن قالوا بطهارته اعتباراً بقياسه على سؤر الآدمي ، لأنها تشرب بمناقيرها وهي عـظام طاهـرة ، وهذا قيـاس خفي ، فكان الحكم بـه استحساناً[1] .

٢١٦ ـ حجية الاستحسان :

أخذ كثير من العلماء بالاستحسان واعتبروه دليلاً من أدلة الأحكام ، وأنكره بعضهم كالشافعية ، حتى نقل عن الإمام الشافعي أنه قال : «الاستحسان تلذذ وقول بالهوى» ، وقال : «من استحسن فقد شرع»[2] .

---

(١) البعض يجعل هذا المثال من أمثلة الاستحسـان بالضرورة ، وله وجه قوي .

(٢) الآمدي ج ٤ ص ٢٠٩ .

والظاهر أن إطلاق لفظ الاستحسان أثار عند بعض العلماء معنى التشريع بالهوى فأنكروه ، ولم يتبينوا حقيقته عند القائلين به ، ولم يدركوا مرادهم منه ، فظنوه من التشريع بلا دليل فشنوا عليه الغارة وقالوا فيه ما قالوا . . فالاستحسان بالهوى وبلا دليل ليس بدليل بلا خلاف بين العلماء . . وعلى هذا النوع من الاستحسان ـ إذا أمكن تسميته استحساناً ـ يحمل إنكار المنكرين ، لأن الاستحسان عند القائلين به لا يعدو ـ كما عرفنا حقيقته ـ أن يكون ترجيحاً لدليل على دليل ، ومثل هذا لا ينبغي أن يكون محل خلاف بين العلماء «فلا يوجد في الاستحسان ما يصلح محلاً للنزاع»(١) .

ومع هذا فنحن نؤثر أن نسمي الحكم الثابت استحساناً بالنص حكماً ثابتاً بالنص لا بالاستحسان ، ولكن الحنفية اصطلحوا على تسميته استحساناً ولا مشاحة في الاصطلاح . .

(١) «التلويح على التوضيح» ج ٢ ص ٨١

الفصل السادس

الدليل السادس

المصلحة المرسلة

٢١٧ ـ تعريف المصلحة المرسلة :

المصلحة : هي جلب المنفعة ودفع المضرة ، أي المفسدة(١) . فلها جانب إيجابي هو إيجاد المنفعة ، وجانب سلبي هو دفع المفسدة . وقد تطلق المصلحة على جانبها الإيجابي فقط فيقرن معها درء المفسدة ، كما في قول الفقهاء: «دفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة»(٢) .

٢١٨ ـ والمصالح منها ما شهد الشارع له بالاعتبار، ومنها ما شهد له الشارع بالإلغاء ، ومنها ما سكت عنه . فالأولى : هي المصالح المعتبرة ، والثانية : هي المصالح الملغاة ، والثالثة : هي المصالح المرسلة .

٢١٩ ـ المصالح المعتبرة :

وهي ما اعتبرها الشارع بأن شَرَعَ لها الأحكام الموصلة إليها : كحفظ الدين ، والنفس ، والعقل ، والعرض ، والمال ؛ فقد شرع الشارع الجهاد لحفظ الدين ، والقصاص لحفظ النفس ، وحد الشرب لحفظ العقل ، وحد الزنى والقذف لحفظ العرض ، وحد السرقة لحفظ المال .

وعلى أساس هذه المصالح المعتبرة وربطها بعللها وجوداً وعدماً جاء دليل

---

(١) «المستصفى» ج ٢ ص ١٣٩ .

(٢) «المصلحة في التشريع الاسلامي» للاستاذ مصطفى زيد ص ٢٠ .

القياس، فكل واقعة لم ينص الشارع على حكمها وهي تساوي واقعة أخرى، نص الشارع على حكمها، في علة هذا الحكم، فإنها تأخذ نفس الحكم المنصوص عليه.

٢٢٠ ـ المصالح الملغاة:

وبجانب المصالح المعتبرة توجد مصالح متوهمة غير حقيقية أو مرجوحة، أهدرها الشارع ولم يعتد بها بما شرعه من أحكام تدل على عدم اعتبارها، وهذه هي المصالح الملغاة.

ومن أمثلة هذا النوع من المصالح مصلحة الأنثى في مساواتها لأخيها في الميراث، فقد ألغاها الشارع بدليل قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١]. ومثل مصلحة المرابي في زيادة ماله عن طريق الربا، فقد ألغاها الشارع بما نص عليه من حرمة الربا، قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ فلا يصلح الربا طريقاً لاستثمار المال أو زيادته. ومثل مصلحة الجبناء القاعدين عن الجهاد في حفظ نفوسهم من العطب والهلاك، فقد ألغى الشارع هذه المصلحة المرجوحة بما شرعه من أحكام الجهاد... وهكذا.

ولا خلاف بين العلماء في أن المصالح الملغاة لا يصح بناء الأحكام عليها.

٢٢١ ـ المصالح المرسلة:

وبجانب المصالح المعتبرة والمصالح الملغاة توجد مصالح لم ينص الشارع على إلغائها ولا على اعتبارها.. وهذه هي المصالح المرسلة عند الأصوليين؛ فهي مصلحة: لأنها تجلب نفعاً وتدفع ضرراً.. وهي مرسلة: لأنها مطلقة عن اعتبار الشارع أو إلغائه.. فهي، إذن، تكون في الوقائع المسكوت عنها وليس لها نظير منصوص على حكمه حتى نقيسها عليه، وفيها وصف مناسب لتشريع حكم معين من شأنه أن يحقق منفعة، أو يدفع مفسدة.. مثل المصلحة التي اقتضت جمع القرآن، وتدوين الدواوين، وتضمين الصناع، وقتل الجماعة بالواحد.

٢٢٢ ـ حجية المصالح:

لا خلاف بين العلماء في أن العبادات لا يجرى فيها العمل بالمصالح المرسلة، لأن أمور العبادة سبيلها التوقيف، فلا مجال فيها للاجتهاد والرأي، والزيادة عليها ابتداع في الدين، والابتداع مذموم، فكل بدعة ضلالة، وكل ضلالة وصاحبها في النار.

أما في المعاملات، فقد اختلف العلماء في حجيتها وجعلها دليلاً من أدلة الأحكام. وهذا الخلاف يحكى في كتب الأصول على نحو واسع، ولكننا لا نجد آثاره بهذه السعة والكثرة في كتب الفقه؛ فالفقهاء المنسوب إليهم عدم الأخذ بالمصالح المرسلة، وجدت لهم اجتهادات قامت على أساس المصلحة المرسلة.. كما نجده في فقه الشافعية والحنفية. وعلى أية حال فمما لا شك فيه أن فريقاً من العلماء أنكر حجية المصالح المرسلة، ومن هؤلاء: الظاهرية، فهم ينكرون القياس فمن الأولى أن ينكروا المصالح المرسلة.. وقد نسب إلى الشافعية والحنفية القول بإنكار المصلحة المرسلة، ولكننا نجد في فقههم اجتهادات قامت على أساس المصلحة كما سنذكره.

وفريق آخر أخذ بالمصالح المرسلة، واعتبرها حجة شرعية ومصدراً من مصادر التشريع. وأشهر من عرف عنه هذا الاتجاه الإمام مالك، ثم أحمد بن حنبل.. وبين هذين الفريقين من قال بالمصلحة بشروط تجعلها من قبيل الضرورات التي لا يختلف العلماء في الأخذ بها، كالغزالي فقد أخذ بالمصلحة بشرط أن تكون ضرورية، قطعية، كلية.

ونذكر فيما يلي أدلة المنكرين لحجية المصالح وأدلة الآخذين بها، ثم نبين الرأي الراجح من هذين الرأيين، ثم نذكر بعض المسائل التي قال بها الفقهاء على أساس المصلحة.

٢٢٣ ـ أدلة المنكرين ومناقشتها:

أ ـ إن الشارع الحكيم، شرع لعباده ما يحقق لهم مصالحهم، فما غفل عن مصلحة ولا تركها بدون تشريع، فالقول بالمصلحة المرسلة، يعني: أن الشارع ترك

بعض مصالح العباد، فلم يشرع لها من الأحكام ما يحققها، وهذا لا يجوز لمناقضته لقوله تعالى: ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى﴾ [القيامة: ٣٦].

والواقع أن هذه الحجة قوية في ظاهرها، ولكنها ضعيفة عند التأمل والتمحيص.. فالشريعة، حقاً، قد راعت مصالح العباد، وشرعت من الأحكام ما يوصل إليها، ولكنها لم تنص على جميع جزئيات المصالح إلى يوم الدين، وإنما نصت على بعضها، ودلت بمجموع أحكامها ومبادئها على أن المصلحة هي مقصود الشارع، وغرضه من وضع الأحكام. وهذا المسلك من الشريعة ـ وهو عدم النص على جميع المصالح ـ من محاسنها، لا من مثالبها، ومن الدلائل على صلاحيتها للبقاء والعموم، لأن جزئيات المصالح تتغير وتتبدل، وإن كان أصل رعايتها قائماً ثابتاً لا يتغير. فليس من المستطاع ولا من الضروري، إذن، عد جزئيات المصالح مقدماً وتشريع حكم خاص لكل واحدة منها على حدة.

وعلى هذا فإذا طرأت مصلحة لم يرد في الشرع حكم خاص بها، وكانت ملائمة لتصرفات الشارع واتجاهه في رعاية المصلحة، ولا تخالف حكماً من أحكامه، فمن السائغ إيجاد الحكم الذي يحقق هذه المصلحة، ولا يكون هذا افتئاتاً على حق الشارع في التشريع ولا يدل على ترك الخالق لخلقه سدىً، لأنه هو الذي أرشدنا إلى رعاية المصالح والأخذ بها.

ب ـ المصالح المرسلة مترددة بين المصالح المعتبرة وبين المصالح الملغاة، فليس إلحاقها بالمصالح المعتبرة أولى من إلحاقها بالمصالح الملغاة، فيمتنع الاحتجاج بها دون شاهد بالاعتبار يدل على أنها من قبيل المعتبرة دون الملغية[1].

وهذه الحجة ضعيفة أيضاً، لأن الأصل الذي ابتنت عليه الشريعة هو رعاية المصلحة، والإلغاء ـ أي إلغاء المصلحة ـ هو الاستثناء. فإلحاق المصالح المسكوت عنها، الظاهر صلاحها، بالمصالح المعتبرة أولى من إلحاقها بالمصالح الملغاة.

---

(١) ذكر الآمدي هذه الحجة في «أحكامه» ج ٤ ص ٢١٦.

جـ ـ الأخذ بالمصالح يجرىء الجهال على تشريع الأحكام، فيقع الخلط والتخليط في أحكام الشريعة، ويفتح الباب لذوي الأهواء من الحكام والقضاة ونحوهم من ذوي السلطان إلى ما يريدون، فيبنون الأحكام على أهوائهم بعد أن يلبسوها ثوب المصلحة، ويصبغوها بصبغة الدين، وفي هذا طعن في الدين واتهام له بإسناد الظالمين والمفسدين.

ويمكن الرد على هذا الاعتراض، بأن الأخذ بالمصالح المرسلة يستلزم الوقوف على دلائل الشريعة للتأكد من اعتبارها أو إلغائها، وهذا غير ميسور لغير ذوي العلم والاجتهاد، فإذا تجرأ الجهال فإن أولي العلم يكشفون جهالتهم فيأمن شرهم الناس.. أما الحكام المفسدون، فإن ردعهم لا يكون بسد باب المصلحة، وإنما يكون بقيام الأمة بواجبها الشرعي نحوهم بتقويمهم أو إقالتهم.

٢٢٤ ـ أدلة القائلين بالمصالح المرسلة:

١ ـ إن الشريعة ما وضعت إلا لتحقيق مصالح العباد، دلت على ذلك نصوص الشريعة وأحكامها المختلفة، فالأخذ بالمصلحة المرسلة يتفق وطبيعة الشريعة، والأساس الذي قامت عليه، والغرض الذي جاءت من أجله..

وهذا قول حق، صرح به غير واحد من العلماء، فالشاطبي يقول: «.. والشريعة ما وضعت إلا لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل، ودرء الفاسد عنهم»(١).

والفقيه الشجاع العز بن عبدالسلام يقول: «الشريعة كلها مصالح: إما درء مفاسد أو جلب مصالح»(٢).

وابن القيم يقول: «إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة

---

(١) «الموافقات» للشاطبي ج ٢ ص ٦، ٣٧.

(٢) «قواعد الأحكام» للعز بن عبد السلام ١ ج ص ٩.

خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدهـا، وعن المصلحة إلى المفسـدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعـة وإن أدخلت فيها بالتأويل ؛ فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه».

واستقراء نصوص الشريعة يدل على صدق ما نطق به هؤلاء العلماء . .

٢ - إن مصالح الناس ووسائلهم إلى هذه المصالح تتغير باختلاف الظروف والأحوال والأزمان، ولا يمكن حصرها مقدماً، ولا لزوم لهذا الحصر ما دام الشارع قد دل على رعايته للمصلحة، فإذا لم نعتبر منها إلا ما جاء الدليل الخاص باعتباره نكون قد ضيقنا واسعاً، وفوتنا على الخلق مصالح كثيرة، وهذا لا يتفق مع عموم الشريعة وبقائها، فيكون المصير إليه غير صحيح .

٣ - إن المجتهدين من الصحابة ومن جاء بعدهم، جروا في اجتهادهم على رعاية المصلحة، وبناء الأحكام عليها من غير إنكار على واحد منهم، مما يدل على صحة هذا الأصل وصواب هذا الاتجاه فيكون إجماعاً . فمن المسائل التي جرى فيها المجتهدون من سلفنا الصالح على أساس المصالح : جمع صحف القرآن في مصحف واحد، وجمع المسلمين على مصحف واحد، وتوريث مطلقة الفارّ منه، وتضمين الصناع ما يهلك تحت أيديهم من أموال الناس، إلا إذا كان الهلاك بقوة قاهرة، مع أن أيديهم يد أمانـه، ولكن اقتضت المصلحة هـذا الحكم لئلا يتهاونوا في حفظ أموال الناس، وفي هذا يقول الإمام علي : «لا يصلح الناس إلا ذلك»(١)، وقتل الجماعة بالواحد، وأمر عمر بن الخطاب حرق بيت سعد بن أبي وقاص لما احتجب فيه عن الرعية، وحلقه رأس نصر ابن حجاج ونفيه من المدينة لتشبيب النساء به، ومصادرته شطر أموال عماله التي اكتسبوها بجاه السلطة واستغلال النفوذ، وغير هذا كثيراً جداً، يطول عده وذكره(٢) .

(١) أستاذنا أبو زهرة في كتابه «مالك» ص ٤٠٠ .

(٢) انظر «الطرق الحكيمة» لابن قيم الجوزية ص ١٤ وما بعدها .

٢٢٥ ـ القول الراجح :

ومن عرض أدلة الطرفين يترجح عندنا القول بحجية المصالح المرسلة ، وابتناء الأحكام عليها ، وعدها من أدلة الأحكام . وهذا المصدر التشريعي ـ في نظرنا ـ مصدر خصب ، يسعفنا بالأحكام اللازمة لمواجهة ظروف الحياة المتغيرة دون خروج على مبادىء الشريعة ، وأحكامها القطعية ، ولكننا نؤثراللجوءإليه عن طريق جمعي لا فردي ، كلما أمكن اجتماع المجتهدين .

٢٢٦ ـ شروط العمل بالمصلحة المرسلة :

ذكر المالكية ـ وهم أكثر الفقهاء أخذاً بالمصالح المرسلة ـ شروطاً لا بد من توافرها في المصلحة المرسلة ، لإمكان الاستناد إليها والاعتماد عليها ، وهذه الشروط هي :

أولاً : الملائمة : أي أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشارع ، فلا تخالف أصلاً من أصوله ، ولا تنافي دليلاً من أدلة أحكامه ، بل تكون من جنس المصالح التي قصد الشارع تحصيلها ، أو قريبة منها ليست غريبة عنها .

ثانياً : أن تكون معقولة بذاتها ، بحيث لو عرضت على العقول السليمة لتلقتها بالقبول .

ثالثاً : أن يكون الأخذ بها لحفظ ضروري ، أو لرفع حرج ، لأن الله تعالى يقول : ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج : ٧٨](١) .

وهذه الشروط ، في الواقع ، ضوابط للمصلحة المرسلة تبعدها عن مزالق الهوى ونزوات النفوس ، ولكن ينبغي أن يضاف إليها شرطان آخران هما : أن تكون المصلحة التي تترتب على تشريع الحكم مصلحة حقيقية لا وهمية . وأن تكون المصلحة عامة لا خاصة ، أي أن يوضع الحكم لمصلحة عموم الناس لا لمصلحة فرد معين أو فئة معينة .

---

(١) «الاعتصام» للشاطبي ج ٢ ص ٣٠٧ ـ ٣١٢ .

٢٢٧ - بعض الاجتهادات على أساس المصلحة :

في المذاهب الإسلامية اجتهادات قامت على أساس المصلحة المرسلة، من ذلك :

أفتى المالكية : بجواز تنصيب الأمثل من غير المجتهدين إماماً إذا لم يوجد المجتهد. وجواز بيعه المفضول مع وجود الفاضل. وجواز فرض الضرائب على الأغنياء إذا خلا بيت المال - أي الخزانة العامة - من المال اللازم لمواجهة النفقات الضرورية للدولة كسد حاجات الجند، إلى أن يظهر مال في بيت المال، أو يكون فيه ما يكفي(١). وأجازوا شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراحات، للمصلحة، لأنه لا يشهد لعبهم - عادة - غيرهم، وإن لم يتوافر فيهم شرط البلوغ، وهو من شروط العدالة في الشاهد(٢). وقال الشافعية بجواز إتلاف الحيوانات التي يقاتل عليها الأعداء، وإتلاف شجرهم، إذا كانت حاجة القتال والظفر بالأعداء والغلبة عليهم تستدعي ذلك(٣).

وعند الحنفية، يجوز حرق ما يغنمه المسلمون من متاع وضأن إذا عجزوا عن حمله، فيذبحون الضأن، ويحرقون اللحم، وكذا يحرقون المتاع لئلا ينتفع به الأعداء(٤). ومن ضروب الاستحسان عندهم : الاستحسان بالمصلحة، وقد مر الكلام عليه.

وأحمد بن حنبل، أفتى بنفي أهل الفساد إلى بلد يؤمن فيه من شرهم(٥). وأفتى بجواز تخصيص بعض الأولاد بالهبة لمصلحة معينة، كأن يكون مريضاً أو

---

(١) «مالك» لأستاذنا محمد أبو زهرة ص ٤٠٢.

(٢) «بداية المجتهد» ج ٢ ص ٣٨٤.

(٣) «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ٦٠ - ٦١.

(٤) «الرد على سير الأوزاعي» للامام أبي يوسف ص ٣.

(٥) «الطرق الحكيمة» لابن القيم ص ١٤.

محتاجاً أو صاحب عيال أو طالب علم (١) . وقال الفقهاء الحنابلة : إن لولي الأمر أن يجبر المحتكرين على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه ، وله أن يجبر أصحاب الحرف والصناعات التي يحتاجها الناس على العمل بأجر المثل إذا امتنعوا عن العمل في أعمالهم(٢) . ومن احتاج إلى إجراء مائه في أرض غيره من غيرضرر يصيب صاحب الأرض ، فله أن يمره ولو جبراً على صاحب الأرض ، وهذاهو المنقول عن عمر بن الخطاب ، وأخذ به أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه ، وأخذ به فريق من الحنابلة : وهو الصحيح الذي يجب المصير إليه ، لأن التعسف في استعمال الحق ممنوع في الشريعة ، وهذه المسألة بعض تطبيقات هذا الأصل . ومن فتاوى الحنابلة : أن من اضطر إلى السكنى في بيت إنسان لا يجد سواه ، وفيه متسع له ولصاحب البيت ، وجب عليه بذله للمحتاج بأجر المثل على رأي بعض الحنابلة ، وبالمجان على رأي البعض الآخر منهم(٣) .

---

(١) «المغني» ج ٦ ص ١٠٧ .

(٢) «الطرق الحكيمة» ص ٢٢٢ ، ٢٢٦ .

(٣) «الطرق الحكيمة» ص ٢٣٩ـ ٢٤٠ .

الفصل السابع

الدليل السابع

سد الذرائع

٢٢٨ ـ تعريف سد الذرائع :

الذرائع : هي الوسائل ؛ والذريعة : هي الوسيلة والطريق إلى الشيء ، سواء أكان هذا الشيء مفسدة أو مصلحة ، قولاً أو فعلاً . ولكن غلب إطلاق اسم «الذرائع» على الوسائل المفضية إلى المفاسد ، فإذا قيل : هذا من باب سد الذرائع ، فمعنى ذلك : أنه من باب منع الوسائل المؤدية إلى المفاسد . .

٢٢٩ ـ والأفعال المؤدية إلى المفاسد إما أن تكون بذاتها فاسدة محرمة ، وإما أن تكون بذاتها مباحة جائزة . فالأولى بطبيعتها تؤدي إلى الشر والضرر والفساد : كشرب المسكر المفسد للعقول ، والقذف الملوث للأعراض ، والزنى المفضي إلى اختلاط المياه .

ولا خلاف بين العلماء في منع هذه الأفعال ، وهي في الحقيقة لا تدخل في دائرة سد الذرائع التي نتكلم عنها ، لأنها محرمة لذاتها . أما الأفعال المباحة الجائزة المفضية إلى المفاسد ، فهي على أنواع :

النوع الأول :

ما كان إفضاؤه إلى المفسدة نادراً وقليلاً ، فتكون مصلحته هي الراجحة ، ومفسدته هي المرجوحة : كالنظر إلى المخطوبة ، والمشهود عليها ، وزراعة العنب ،

فلا تمنع هذه الأفعال بحجة ما قد يترتب عليها من مفاسد، لأن مفسدتها مغمورة في مصلحتها الراجحة. وعلى هذا دل اتجاه تشريع الأحكام، ولا خلاف فيه بين العلماء. فالشارع قبل خبر المرأة في انقضاء عدتها أو عدم انقضائها، مع احتمال عدم صدقها، وشرع القضاء بالشهادة مع احتمال كذب الشهود، وقبل خبر الواحد العدل مع احتمال عدم ضبطه، ولكن لما كانت هذه الاحتمالات مرجوحة لم يلتفت الشارع إليها ولم يعتد بها.

النوع الثاني:

ما كان إفضاؤه إلى المفسدة كثيراً، فمفسدته أرجح من مصلحته: كبيع السلاح في أوقات الفتن، وكإجارة العقار لمن يستعمله استعمالاً محرماً كاتخاذه محلاً للقمار، وكسب آلهة المشركين في حضرة من يعرف عنه سب الله عز وجل إذا سمع هذا السب، وكبيع العنب لمن عرف عنه الاحتراف بعصره خمراً.

النوع الثالث:

ما يؤدي إلى المفسدة لاستعمال المكلف هذا النوع لغير ما وضع له فتحصل المفسدة: كمن يتوسل بالنكاح لغرض تحليل المطلقة ثلاثاً لمطلقها، وكمن يتوسل بالبيع للوصول إلى الربا كأن يبيع خرقة بألف نسيئة، ويشتريها من مشتريها بتسع مئة نقداً. والمفسدة هنا لا تكون إلا راجحة.

٢٣٠ ـ اختلاف العلماء في الأخذ بسد الذرائع:

الأفعال من النوعين الثاني والثالث، هي التي وقع الخلاف فيها، أتمنع لإفضائها إلى المفسدة أم لا؟

فالحنابلة والمالكية قالوا: تمنع. وغيرهم كالشافعية والظاهرية، قالوا: لا تمنع(١). ووجهة هؤلاء: أن هذه الأفعال مباحة فلا تصير ممنوعة لاحتمال إفضائها إلى المفسدة. ووجهة الأولين: أن سد الذرائع أصل من أصول التشريع قائم بذاته،

(١) «الأم» للشافعي ج ٣ ص٣، ٦٩ «بداية المجتهد» ج ٢ ص ١١٧ـ ١١٩ «المغني» ج٤ ص ١٧٤ وما بعدها. «المدونة الكبرى» ج ٢ ص ١٧١، وج ٣ ص ٣٩٩ و «مختصر الطحاوي» ص ٢٨٠.

ودليل معتبر من أدلة الأحكام تبنى عليه الأحكام . . فما دام الفعل ذريعة إلى المفسدة الراجحة ، والشريعة جاءت بمنع الفساد وسد طرقه ومنافذه ، فلا بد من منع هذا الفعل . فهؤلاء نظروا إلى مقاصد الأفعال وغاياتها ومآلاتها ، فقالوا بالمنع ولم يعتبروا إباحته . وأولئك نظروا إلى إباحته بغض النظر عن نتيجته ، فقالوا بعدم منعه ترجيحاً للإذن الشرعي العام الوارد فيه على الضرر المحتمل المتأتي منه .

ورأي الأولين المانعين هو الأسدّ ، فالوسائل معتبرة بمقاصدها ، وفي هذا يقول ابن القيم : لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها ، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها . فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها ، والمنع منها بحسب إفضائها إلى غايتها وارتباطها بها ، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها ، والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غاياتها ، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود ، وكلاهما مقصود ، لكنه مقصود قصد الغايات ، وهي مقصودة قصد الوسائل . . . »(١) .

٢٣١ ـ القول الراجح :

الذين لم يعتبروا «سد الذرائع» دليلاً مستقلاً من أدلة الأحكام ، يحتجون بأن الفعل ما دام مباحاً فلا يجوز منعه باحتمالات الإفضاء إلى المفسدة فهذه الاحتمالات قد تحصل وقد لا تحصل ، فهي من قبيل الظن ، والظن لا يغني من الحق شيئاً . والحق أن هذه الحجة ضعيفة ، فقد قلنا : إن احتمال المفسدة إن كان نادراً أو قليلاً أو مرجوحاً لا يمنع الفعل . وكلامنا فيما يفضي إلى المفسدة إفضاء كثيراً ، بحيث يدعو إلى غلبة الظن بوقوع المفسدة . والظن الراجح معتبر في أحكام الشريعة العملية فلا يشترط لثبوتها اليقين ، وقد مثلنا بما شرعه الشارع من أحكام بناء على الظن الغالب كما في قبول خبر الواحد ، والشهادة ، وخبر المرأة عن انقضاء عدتها . وهذه أحكام شرعت لتحقيق مصالح راجحة ، وإن كانت فيها مفاسد مرجوحة ، نظراً لاحتمال كذب المخبر أو الشهود أو المرأة ، وسنذكر ما شرعه

---

(١) «أعلام الموقعين» ج ٣ ص ١١٩-١٢٠ .

الشارع من أحكام لدرء المفسدة الراجحة المحتملة الوقوع عند ذكر أدلة القول الآخر.

ثم من غير المقبول أن يحرم الشارع شيئاً، ثم يسمح لأسبابه ووسائله فيجعلها مباحة، أو يتركها على إباحتها الأصلية.. فكون الشيء مباحاً، إذن، مشروط فيه أن لا يؤدي إلى مفسدة راجحة، فإذا أدى إلى هذه المفسدة، نظراً لظروف خاصة، أو أحوال معينة، فإنه يمنع ويصير محظوراً.. فالبيع مباح، ولكنه في وقت النداء لصلاة الجمعة محظور، وسب آلهة المشركين مباح، ولكنه ممنوع إذا أفضى إلى مفسدة سب الله عز وجل كما قلنا، وقطع الأيدي في السرقة فرض، ولكن يجب تأجيله في الحرب والجهاد، قال ﷺ: «لا تُقْطع الأيدي في الغزو»، لئلا يكون ذريعة لفرار المحدود إلى العدو. والهدية مباحة بل مستحبة للأثر: «تهادوا تحابوا»، ولكن هدية المدين لدائنه ممنوعة إن لم تكن بينهما عادة التهادي من قبل، لئلا تكون ذريعة إلى مفسدة الربا. والنهي عن المنكر واجب، ولكن إذا أدى إلى منكر أعظم منه جاز تركه.

٢٣٢ ـ من هذا كله يترجح القول بأصل سد الذرائع وجعله من أدلة الأحكام، لأنه أصل يشهد له الكتاب والسنة بالاعتبار، فمن ذلك(١):

١ ـ قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انْظُرْنَا﴾ [البقرة: ١٠٤] نهى الله عز وجل المؤمنين أن يقولوا: «راعنا» مع قصدهم الحسن، منعاً لذريعة التشبه باليهود الذين كانوا يريدون بها شتم النبي ﷺ.

٢ ـ تحريم القطرة من الخمر، لئلاً تتخذ ذريعة إلى الحسوة، والحسوة ذريعة إلى شرب ما يسكر فيقع المحذور، ولهذا جاء في الحديث: «ما أَسْكَرَ كثيرُه فَقَليلُه حَرامٌ»، والعلة هي ما قلناه.

٣ ـ تحريم الخلوة بالأجنبية، لئلا تفضي إلى المحذور.

٤ ـ تحريم عقد النكاح في حال العدة وإن تأخر الوطء، منعاً لذريعة الدخول قبل

---

(١) انظر «أعلام الموقعين» ج ٣ ص ١٢١-١٤٠.

انقضائها .

٥ - نهى النبي ﷺ عن الجمع بين سلف وبيع ، لئلاّ يكون اقترانهما ذريعة إلى الربا .

٦ - منع الشارع ولي الأمر أو القاضي من قبول الهدية ممن لم تجر عادته بمهاداته ، لئلا يكون الإهداء ذريعة إلى محاباته بالباطل .

٧ - توريث مطلقة الفارّ منه ، لئلا يكون الطلاق ذريعة إلى حرمانها من الميراث . وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، وأساسه ما أفتى به بعض مجتهدي الصحابة . وما ذهب إليه هؤلاء يعتمد على أصل سد الذرائع المشهود له بالصحة بنصوص القرآن والسنة .

٨ - أمر النبي ﷺ الملتقط أن يشهد على اللقطة مع أنه أمين سداً لذريعة كتمانها بدافع الطمع .

٩ - نهى الشارع أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ، أو يستام على سوم أخيه ، أو يبيع على بيع أخيه ، سداً لذريعة التباغض والتباعد .

١٠- نهى الشارع عن الاحتكار وقال عن صاحبه: «لا يُحتكر إلا خاطىء» لأنه ذريعة إلى مفسدة التضييق على الناس في أقواتهم.

١١- منع الشارع المتصدق من شراء صدقته «أي زكاته» ولو وجدها تباع في السوق سداً لذريعة استردادها من الفقير بثمن بخس .

١٢- نهى الشارع الدائن عن قبول الهدية من مدينه ، حتى يحسبها من دينه .

٢٣٣ - فهذه الأدلة وغيرها تنهض حجة كافية لاعتبار (سد الذرائع) دليلاً من أدلة الأحكام . والذين لم يعتبروه أصلاً من أصول التشريع أخذوا بمقتضاه في بعض اجتهاداتهم ، باعتباره داخلاً في أصل آخر أو قاعدة أخرى .

من ذلك ما ذهب إليه الظاهرية من بطلان بيع السلاح لمن يتيقن عدوانه به على الآمنين ، وبطلان بيع العنب لمن يوقن أنه يعصره خمراً ، لأن هذا الصنيع من التعاون على الإثم ، وهذا لا يجوز لقوله تعالى : ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى

الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢] (١).

والحنفية أخذوا بتوريث مطلقة الفاز منه باعتباره مذهباً لصحابي لم يعرف له مخالف وهكذا.

وعلى هذا فالمالكية لم ينفردوا بالأخذ بسد الذرائع كما قيل عنهم، وإنما أخذوا بهذا الأصل أكثر من غيرهم؛ وفي هذا يقول الفقيه القرافي المالكي: «وأما الذرائع، فقد أجمع العلماء على أنها ثلاثة أقسام: أحدهما: معتبر إجماعاً، كحفر الآبار في طرق المسلمين، وإلقاء السم في أطعمتهم، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى. وثانيهما: ملغى إجماعاً، كزراعة العنب فإنه لا يمنع خشية الخمر. وثالثهما: مختلف فيه، كبيوع الآجال. اعتبرنا نحن الذريعة فيها، وخالفنا غيرنا. فحاصل القضية أننا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا، لا أنها خاصة بنا»(٢) ولكن مع هذا يبقى المالكية والحنابلة منفردين في اعتبار سد الذرائع أصلاً مستقلاً من أصول الأحكام، وبالتالي يكونون أكثر من غيرهم أخذاً بها، وبناء الأحكام القائمة على هذا الأصل.

٢٣٤ ـ سد الذرائع، والمصالح المرسلة:

أصل سد الذرائع يؤكد أصل المصالح، ويوثقه ويشد أزره، لأنه يمنع الأسباب والوسائل المفضية إلى المفاسد، وهذا وجه أكيد من وجوه المصلحة، فهو إذن متمم لأصل المصلحة ومكمل له، بل وقد تعتبر بعض صور سد الذرائع من صور المصالح المرسلة. ولهذا نرى من أخذ بمبدأ المصلحة، وحمل لواءه، وهم المالكية ومن تابعهم أخذوا أيضاً بالذرائع فقالوا بسدها إذا أدت إلى مفسدة، وبفتحها إذا أدت إلى مصلحة راجحة، ولو كانت الوسيلة بذاتها محرمة. ولذلك أجازوا للدولة الإسلامية أن تدفع مالاً لدولة العدو اتقاء لشرها إذا كانت الدولة

---

(١) «المحلى» ج ٩ ص ٣٤٨.

(٢) «تنقيح الفصول» للقرافي ص ٢٠٠، من هامش ص ٤١٦ من كتاب «مالك» لاستاذنا ابو زهرة.

الإسلامية ضعيفة . وقالوا بجواز دفع المال على سبيل الرشوة إذا تعينت طريقاً لدفع ظلم أو معصية، ضررها أشد من ضرر دفع المال . وقالوا بجواز دفع المال للدولة المحاربة فداء للأسرى من المسلمين، مع أن دفع المال للدولة المحاربة لا يجوز، ولكنه جاز هنا لدفع ضرر أكبر أو لجلب مصلحة أكبر[1] .

---

(١) «الفروق» للقرافي ج ٢ ص ٣٢- ٣٣ .

الفصل الثامن

الدليل الثامن

العرف

٢٣٥ ـ تعريفه :

العرف : هو ما ألفه المجتمع واعتاده وسار عليه في حياته من قول أو فعل .

وهو والعادة بمعنى واحد عند الفقهاء ؛ فقولهم : هذا ثابت بالعرف والعادة لا يعني أن العادة عندهم غير العرف ، وإنما هي نفسه ، وإنما ذكرت للتأكيد لا للتأسيس .

والعرف ، كما يتضح من تعريفه ، قد يكون قولياً أو عملياً ، وقد يكون عاماً أو خاصاً ، وهو بجميع هذه الأنواع قد يكون صحيحاً أو فاسداً .

٢٣٦ ـ فالعرف العملي : هو ما اعتاده الناس من أعمال ، كالبيع بالتعاطي ، وتقسيم المهر إلى معجل ومؤجل ، ودخول الحمامات العامة بدون تعيين مدة المكث فيها ، ولا مقدار الماء المستهلك ، واستصناع الأواني البيتية والأحذية ، واعتبار تقديم الطعام للضيف إذناً له بالتناول منه ، ونحو ذلك .

والعرف القولي : هو ما تعارف عليه الناس في بعض ألفاظهم ، بأن يريدوا بها معنى معيناً غير المعنى الموضوع لها ، كتعارفهم إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، وإطلاق اسم اللحم على غير السمك ، وإطلاق اسم الدابة على ذوات الأربع من الحيوانات ، مع أن هذا اللفظ في أصل وضعه اسم لما يدب على الأرض .

والعرف بنوعيه العملي والقولي، قد يكون عاماً، إذا شاع وفشا في جميع البلاد الإسلامية، وسار عليه جميع الناس في هذه البلاد. والخاص ما شاع في قطر دون قطر، أو بين أرباب حرفة معينة أو صنعة معينة.

فمن العرف العملي الخاص في العراق: تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، وإعطاء علاوة على المبيع إلى المشتري عند شرائه البرتقال في بعض مناطق محافظة ديالي.

ومن العرف القولي العام: إطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع، ولا يطلقونها على الإنسان. وتعارفهم على استعمال لفظ الطلاق على إزاله الرابطة الزوجية. ومن العرف القولي الخاص: الألفاظ التي اصطلح عليها أهل العلوم وأصحاب الحرف والصناعات التي يريدون بها عند إطلاقها المعاني الاصطلاحية، دون معانيها اللغوية.

٢٣٧ ـ والعرف الصحيح ما لا يخالف نصاً من نصوص الشريعة، ولا يفوت مصلحة معتبرة، ولا يجلب مفسدة راجحة، كتعارف الناس على ان ما يقدمه الخاطب إلى مخطوبته من ثياب ونحوها يعتبر هدية ولا يدخل في المهر. وكتعارفهم عند عقد المهر على دعوة جمهور من الناس وتقديم الحلوى إليهم. وكتعارف أهل بغداد قبل خمسين سنة على قيام أصحاب البيوت بتقديم الغداء إلى من يشتغل عندهم من عمال البناء، وكذلك تعارف أصحاب المقاهي على تقديم الغداء والعشاء إلى صناعهم. وكتعارف الناس في العراق على أن المهر المؤجل لا يستحق، ولا يطالب به، إلا بعد الفرقة بالطلاق أو الموت.

والعرف الفاسد: ما كان مخالفاً لنص الشارع، أو يجلب ضرراً، أو يدفع مصلحة، كتعارف الناس استعمال العقود الباطلة كالاستقراض بالربا، من المصارف، أو من الأفراد، ومثل اعتيادهم الميسر «كاليانصيب، وسباق الخيل، والورق، والنرد» ونحو ذلك.

٢٣٨ ـ حجية العرف :

اعتبر العلماء العرف أصلاً من أصول الاستنباط تبنى عليه الأحكـام . ومن أقوالهم الدالة على حجية العرف : «العادة محكمة» و «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» .

وأراد بعضهم(١) الاستدلال بقوله تعالى : ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ [الأعراف: ١٩٩] على حجية العرف وكونه دليلاً معتبراً في الشرع ، ولكن هذه الحجة ضعيفة ، لأن العرف في الآية هو المعروف ، وهو ما عرف حسنه ، ووجب فعله ، وهو كل ما أمرت به الشريعة . واحتج البعض(٢) بالحديث المروي عن النبي ﷺ : «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسنٌ» على حجية العرف ، وهذا الاستدلال ضعيف ، فقد قال غير واحد من العلماء : أنه موقوف على ابن مسعود ، ودلالته تشير إلى حجية الإجماع لا العرف(٣) ، إلا إذا كان مستند الإجماع عرفاً صحيحاً ، فتكون دلالة هذا الأثر قاصرة على نوع من أنواع العرف لا على مطلق العرف .

والحق ، أن العرف معتبر في الشرع ، ويصح ابتناء الأحكام عليه ، وهو في الحقيقة ليس بدليل مستقل ، ولكنه يرجع إلى أدلة الشريعة المعتبرة ، والدليل على ما نقوله من وجوه عديدة منها :

أولاً : وجدنا الشارع الحكيم يراعي أعراف العرب الصالحة ، من ذلك : إقراره أنواع المتاجرات والمشاركات الصحيحة عندهم كالمضاربة ، والبيوع ، والإجارات الخالية من المفاسد(٤) . ووجدناه يستثني السلم ، لجريان عرف

---

(١) «الفروق» للقرافي ج٣ ص ١٤٩ .

(٢) الكاساني في «بدائع الصنائع» ج ٥ ص ٢٢٣ ، و «المبسوط» للسرخسي ج ١٢ ص ١٣٨ .

(٣) الآمدي ج ٣ ص ١١٢ .

(٤) انظر (شرح الكنز» للزيلعي إذ يقول في ج٥ ص ٥٢ : فان الناس في عهد النبي ﷺ كانوا يتعاملون المضاربة فتركهم عليها .

أهل المدينة به ، من عموم نهيه عن بيع الإنسان ما ليس عنده.ونهى عن بيع التمر بالتمر ، ورخص في العرايا ، وهي بيع الرطب على رؤوس النخل بمثله من التمر، خرصاً ، أي تخميناً ، لتعارفهم هذا النوع من البيع وحاجتهم إليه . فدلت هذه التصرفات من الشارع الحكيم على رعاية العرف الصالح الذي استقرت عليه معاملات الناس . أما العرف الفاسد، فقد رأيناه لا يرعاه بل يأتي عليه بالإبطال والإلغاء ، كما فعل في التبني ، وهو من عادات الجاهلية ، وكما فعل في عدم توريثهم النساء إذ ألغاه وجعل للنساء نصيباً مفروضاً من الميراث .

ثانياً: إن العرف في حقيقته يرجع إلى دليل من أدلة الشرع المعتبرة، كالإجماع ، والمصلحة المرسلة ، والذرائع . فمن العرف الراجع إلى الإجماع : الاستصناع ، ودخول الحمامات ، فقد جرى العرف بهما بلا إنكار، فيكون من قبيل الإجماع ، والإجماع معتبر . ومن العرف ما يرجع إلى المصلحة المرسلة ، لأن العرف له سلطان على النفوس فمراعاته، من باب التسهيل عليهم ، ورفع الحرج عنهم ، ما دام العزف صالحاً لا فاسداً .

كما أن في تحويلهم عن العرف مشقة وحرجاً ، والحرج مرفوع لأنه مفسدة ، وقد أشار إلى هذا المعنى السرخسي في «مبسوطه» إذ يقول : « . . لأن الثابت في العرف ثابت بدليل شرعي ، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيناً »(١) .

ثالثاً : احتجاج الفقهاء بالعرف ، في مختلف العصور ، وإعتبارهم إياه في اجتهادهم ، دليل على صحة اعتباره، لأن عملهم به ينزل منزلة الإجماع السكوتي ، فضلاً عن تصريح بعضهم به ، وسكوت الآخرين عنه ، فيكون اعتباره ثابتاً بالإجماع .

٢٣٩ ـ شروط اعتبار العرف لبناء الأحكام عليه :

---

(١) «المبسوط» ج ١٣ ص ١٤ .

يشترط في العرف لاعتباره، وبناء الأحكام عليه، ما يأتي:

أولاً: أن لا يكون مخالفاً للنص، بأن يكون عرفاً صحيحاً، كما في الأمثلة التي ضربناها للعرف الصالح. ومثله أيضاً: تعارف الناس على أن الوديع مأذون بتسليم الوديعة إلى من جرت العادة بجواز التسليم إليه كزوجة المودع وأولاده وخادمه. ومثله: وقف المنقول، والشروط المقترنة بالعقود التي يقضي بها العرف الصحيح. فإن كان مخالفاً للنص فلا عبرة به، كالتعامل بالربا، وإدارة الخمور في الولائم، وكشف العورات، فهذا ونحوه غير معتبر بلا خلاف[1].

والمقصود بالعرف المخالف للنص، ما كان مخالفاً له من كل وجه بحيث يترتب على الأخذ به إبطال العمل بالنص بالكلية، كما في الأمثلة التي ضربناها. أما إذا لم يكن بهذه الكيفية فلا يعد مخالفاً للنص، فيعمل به في دائرته، ويعمل بالنص فيما عدا ما قضى به العرف، كما في عقد الاستصناع، فهو في الحقيقة بيع معدوم، وبيع المعدوم في الشريعة لا يجوز، ولكن جاز الاستصناع لتعامل الناس بدون إنكار، فيعمل به للعرف، ويمنع ما عداه آخذاً بقاعدة بيع المعدوم لا يجوز.

ثانياً: أن يكون مطرداً أو غالباً. ومعنى الاطراد: أن تكون العادة كلية، بمعنى أنها لا تتخلف، وقد يعبر عنها بالعموم، أي يكون العرف مستفيضاً شائعاً بين أهله، معروفاً عندهم، معمولاً به من قبلهم. ومعنى الغلبة: أن تكون أكثرية، بمعنى أنها لا تتخلف إلا قليلاً.

والغلبة أو الاطراد، إنما يعتبران إذا وجدا عند أهل العرف، لا في الكتب الفقهية لاحتمال تغيرها.

ثالثاً: أن يكون العرف الذي يحمل عليه التصرف موجوداً وقت إنشائه بأن يكون حدوث العرف سابقاً على وقت التصرف، ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه.

(١) جاء في «المبسوط» ج ١٢ ص ١٩٦: وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر.

وعلى هذا يجب تفسير حجج الأوقاف والوصايا والبيوع ووثائق الزواج ، وما يرد فيها من شروط واصطلاحات على عرف المتصرفين الذي كان موجوداً في زمانهم ، لا على عرف حادث بعدهم . فلو وقف شخص غلة عقاره على العلماء أو على طلبة العلم ، وكان العرف القائم وقت الوقف يصرف معنى العلماء إلى من له خبرة في أمور الدين دون شرط آخر ، وأن المقصود بطلبة العلم ، طلبة العلم الديني ، فإن غلة الوقف تصرف إلى هؤلاء العلماء دون اشتراط حصول الشهادة ، إذا صار العرف الطارىء يستلزم الشهادة ، كما يصرف إلى طلبة العلم الديني دون غيرهم ، وإن كان العرف الطارىء يعنيهم وغيرهم .

رابعاً : أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه ، كما إذا كان العرف في السوق تقسيط الثمن واتفق العاقدان صراحة على الأداء ، أو كان العرف أن مصاريف التصدير على المشتري ، واتفقا على أن تكون على البائع ، أو كان العرف أن مصاريف تسجيل العقار في الطابو على المشتري ، واتفق الطرفان على جعلها على البائع . والقاعدة هنا «ما يثبت بالعرف بدون ذكر ، لا يثبت إذا نص على خلافه»(١) .

٢٤٠ ـ العرف مرجع لتطبيق الأحكام :

ويعتبر العرف أيضاً مرجعاً لتطبيق الأحكام على الحوادث والوقائع الجزئية ، من ذلك أن العدالة شرط لقبول الشهادة استدلالاً بقوله تعالى : ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق : ٢] ، والعدالة عند الفقهاء : ملكة تحمل صاحبها على ملازمة التقوى والمروءة . فما يخل بالمروءة يعتبر قادحاً بالعدالة ، وما يخل بها يختلف باختلاف الزمان والمكان ، ومن ذلك ما ذكره الشاطبي إذ يقول : «مثل كشف الرأس ، فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع ، فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية ، وغير قبيح في البلاد المغربية ، فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك ، فيكون عند أهل المشرق قادحاً في العدالة ، وعند أهل المغرب غير قادح» .

---

(١) «القواعد» للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٧٨ .

وكذلك عند تطبيق الحكم الوارد في النص القرآني: ﴿وعلى ٱلْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] يرجع إلى العرف لتقدير النفقه، لأن النص لم يبين مقدارها.

قال الإمام الجصاص في كتابه «أحكام القرآن» ما نصه: «فإذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد لمثلها، لم تعط.. وكذلك إن قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة لم يحل ذلك ويجبر على نفقة مثلها»[١].

وهكذا ما أوجبه الشارع ولم يحدد مقداره، يصار إلى العرف لتقديره.

٢٤١ ـ تغير الأحكام بتغير الأزمان:

الأحكام المبنية على العرف والعادة، تتغير إذا تغيرت العادة، وهذا هو المقصود من قول الفقهاء: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، وفي هذا يقول الإمام(٣)شهاب الدين القرافي: «إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت، كالنقود في المعاملات، والعيوب في الأعواض في البياعات ونحو ذلك، فلو تغيرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى، لحمل الثمن في البيع على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها. وكذلك إذا كان الشيء عيباً في الثياب في عادة رددنا به المبيع، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به. وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء.. وعلى هذا القانون تراعى الفتاوي على طول الأيام، فمهما تجدد العرف فاعتبره. ومهما سقط فأسقطه»[٢].

وعلى هذا الأساس اختلفت الأحكام، من ذلك ما ذهب إليه أبو حنيفة من الاكتفاء بالعدالة الظاهرة، فلم يشترط تزكية الشهود فيما عدا الحدود والقصاص لغلبة الصلاح على الناس وتعاملهم بالصدق، ولكن في زمان أبي يوسف ومحمد كثر الكذب، فصار في الأخذ بظاهر العدالة مفسدة وضياع الحقوق، فقالا بلزوم تزكية الشهود. وقال الفقهاء عن هذا الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه: إنه اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان. ومثله أيضاً: سقوط خيار الرؤية برؤية ظاهر

---

(١) الجصاص ج ١ ص ٤٧٨.

(٢) القرافي ١ ج ص ١٧٦، وأعلام الموقعين ج ٣ ص ٩.

البيت وبعض حجره، وهذا ما أفتى به أئمة الحنفية لأن الحجر كانت تبنى على نمط واحد، ولكن لما تغيرت عادة الناس في البناء أفتى متأخروهم بعدم سقوط خيار الرؤية إلا برؤية جميع حجر البيت. ومثله أيضاً: أخذ الأجرة على تعليم القرآن على ما أفتى به متأخرو الفقهاء، لأن العادة قد تبدلت، إذ كان الأمر في السابق تخصيص العطاء لهؤلاء المعلمين من بيت المال، فلما انقطع، أفتى المتأخرون بجواز أخذ الأجرة لئلا يهجر القرآن ويندرس. ومثله: أن النبي ﷺ فرض صدقة الفطر صاعاً من تمر، أو صاعاً من شعير، أو صاعاً من زبيب، أو صاعاً من أقط، وهذه كانت غالب أقواتهم في المدينة، فإذا تبدلت الأقوات أعطي الصاع من الأقوات الجديدة(١).

٢٤٢ ـ وهذا التغير في الأحكام لا يتناول إلا الأحكام المبنية على العرف كما قلنا، فلا يتناول الأحكام القطعية التي جاءت بها الشريعة. كما أن هذا التغير لا يعد نسخاً للشريعة، لأن الحكم باقٍ، وإنما لم تتوافر له شروط التطبيق، فطبق غيره. يوضحه أن العادة إذا تغيرت، فمعنى ذلك: أن حالة جديدة قد طرأت تستلزم تطبيق حكم آخر، أو أن الحكم الأصلي باق ولكن تغير العادة استلزم توافر شروط معينة لتطبيقه، فالشرط في الشهود العدالة، والعدالة الظاهرة كانت كافية لتحققها، فلما كثر الكذب استلزم هذا الشرط التزكية.

وفي هذا يقول الشاطبي: «معنى الاختلاف: أن العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي، يحكم به عليها»(٢).

---

(١) «أعلام الموقعين» ج ٣ ص ٩.

(٢) «الموافقات» ج ٢ ص ٢٨٦.

الفصل التاسع

الدليل التاسع

قول الصحابي

٢٤٣ ـ تمهيد :

الصحابي عند جمهور علماء الأصول: من شاهد النبي ﷺ وآمن به ، ولازمه مدة تكفي لاطلاق كلمة الصاحب عليه عرفاً ، مثل الخلفاء الراشدين ، وعبدالله بن عباس ، وعبدالله بن مسعود ، وغيرهم ممن آمن بالنبي ﷺ ، ونصره ، وسمع منه ، واهتدى بهديه .

وبعد وفاة النبي ﷺ قام أصحابه الكرام ـ ممن عرفوا بالعلم والفقه بالإفتاء والقضاء بين الناس ، وقد نقلت إلينا فتاواهم وأقضيتهم . فهل يصح أن نعتبر هذه الفتاوى والأقضية مصدراً من مصادر الفقه يلتزم بها المجتهد ، ولا يتعداها إذا لم يجد للمسألة حكماً ، لا في الكتاب ، ولا في السنة ، ولا في الإجماع ؟ هذا ما اختلف فيه العلماء .

٢٤٤ ـ محل الخلاف :

ومحل اختلاف العلماء في حجية قول الصحابي ليس على إطلاقه ، بل فيه تفصيل : ـ

أولاً : قول الصحابي فيما لا يدرك بالرأي والاجتهاد ، حجة عند العلماء ، لأنه محمول على السماع من النبي ﷺ فيكون من قبيل السنة ، والسنة مصدر للتشريع .

وقد مثل الحنفية لهذا النوع ، بما روي عن عبدالله بن مسعود أنه قال : إن

أقل الحيض ثلاثة أيام . وبما ثبت عندهم من قول بعض الصحابة في أن أقل المهر عشرة دراهم .

ثانياً: قول الصحابي الذي حصل عليه الاتفاق يعتبر حجة شرعية ، لأنه يكون إجماعاً . وكذلك قول الصحابي الذي لا يعرف له مخالف يكون من قبيل الإجماع السكوتي ، وهو أيضاً حجة شرعية عند القائلين بالإجماع السكوتي .

ثالثاً: قول الصحابي لا يعتبر حجة ملزمة على صحابي مثله ، فقد رأينا الصحابة يختلفون فيما بينهم ، ولم يلزم أحدهم الآخر بما ذهب إليه .

رابعاً: قول الصحابي الصادر عن رأي واجتهاد . وهذا هو الذي حصل فيه اختلاف ، هل يكون حجة على من جاء بعدهم أم لا ؟(١) .

٢٤٥ ـ ذهب بعض العلماء إلى أنه حجة شرعية ، وعلى المجتهد أن يأخذ بقول الصحابي إذا لم يجد الحكم في الكتاب ولا في السنة ولا في الإجماع . وإذا اختلف الصحابة ، فعليه أن يتخير من أقوالهم .

وذهب البعض الآخر من العلماء إلى أنه ليس بحجة شرعية ، ولا يلزم المجتهد أن يأخذ بقول الصحابي ، بل عليه أن يأخذ بمقتضى الدليل الشرعي .

احتج الأولون بأن احتمال الصواب في اجتهاد الصحابي كثير جداً ، واحتمال الخطأ قليل جداً . لأن الصحابي شاهد التنزيل ووقف على حكمة التشريع وأسباب النزول ، ولازم النبي ﷺ ملازمة طويلة أكسبته معرفة بالشريعة ، وذوقاً لمعانيها ، وكل هذا يجعل لآرائهم منزلة أكبر من آراء غيرهم ، ويجعل اجتهادهم أقرب إلى الصواب من اجتهاد غيرهم .

واحتج الآخرون بأننا ملزمون باتباع الكتاب والسنة ، وما أرشدت إليه نصوصهما من أدلة ، وليس قول الصحابي واحداً منها ، والاجتهاد بالرأي عرضة للخطأ والصواب ، لا فرق في هذا بين صحابي وغيره ، وإن كان احتمال الخطأ

---

(١) «شرح مسلم الثبوت» ج ٢ ص ١٨٥ وما بعدها .

بالنسبة للصحابي أقل .

والذي نرجحه : أن قول الصحابي ليس حجة ملزمة ، ولكن نميل إلى الأخذ به حيث لا نص في الكتاب ولا في السنة ولا في الإجماع ، ولا يوجد في المسألة دليل آخر معتبر . ففي هذه الحالة نرى أن الأخذ بقول الصحابي أولى .

الفصل العاشر

الدليل العاشر

شرع من قبلنا

المقصود بشرع من قبلنا :

٢٤٦ ـ المقصود بشرع من قبلنا : الأحكام التي شرعها الله تعالى لمن سبقنا من الأمم ، وأنزلها على أنبيائه ورسله لتبليغها لتلك الأمم .

وقد اختلف العلماء في علاقتها بشريعتنا ومدى حجيتها بالنسبة إلينا . وقبل ذكر أقوالهم ، لا بد من بيان موضع الخلاف ، لأن شرع من قبلنا أنواع : منها المتفق على حجيته بالنسبة إلينا ، ومنها المتفق على نسخه في حقنا ، ومنها ما هو مختلف فيه .

أنواع شرع من قبلنا :

٢٤٧ ـ النوع الأول : أحكام جاءت في القرآن أو في السنة ، وقام الدليل في شريعتنا على أنها مفروضة علينا كما كانت مفروضة على من سبقنا من الأمم والأقوام . وهذا النوع من الأحكام لا خلاف في أنه شرع لنا ، ومصدر شرعيته وحجيته بالنسبة إلينا هو نفس نصوص شريعتنا ، من ذلك : فريضة الصيام ، قال تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: ١٨٣] .

٢٤٨ ـ النوع الثاني: أحكام قصها الله في قرآنه، أو بينها الرسولﷺ في سنته، وقام الدليل من شريعتنا على نسخها في حقنا، أي أنها خاصة بالأمم السابقة فهذا النوع لا خلاف في أنه غير مشروع في حقنا. من ذلك: ما جاء في قوله تعالى. ﴿قُلْ لاَ أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقاً أُهِلَّ لِغَيْرِ الله بِهِ، فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ. وعَلَى الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا كُلَّ ذِي ظُفُرٍ وَمِنَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا إِلاَّ مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا أَوِ الْحَوَايَا أَوْ مَا اخْتَلَطَ بِعَظْمٍ، ذَلِكَ جَزَيْنَاهُمْ بِبَغْيِهِمْ وَإِنَّا لَصَادِقُونَ﴾ [الأنعام: ١٤٥، ١٤٦] وقول النبيﷺ:

«وأحلت لي الغنائم، ولم تحل لأحد قبلي». فالآية دلت على تحريم أشياء لم تحرم علينا بل أحِلت لنا. والحديث دل على حل الغنائم للمسلمين، وما كانت حلالاً للأمم السابقة.

٢٤٩ ـ النوع الثالث: أحكام لم يرد لها ذكر في كتابنا، ولا في سنة نبيناﷺ. وهذا النوع لا يكون شرعاً لنا بلا خلاف بين العلماء.

٢٥٠ ـ النوع الرابع: أحكام جاءت بها نصوص الكتاب أو السنة، ولم يقم دليل من سياق هذه النصوص على بقاء الحكم أو عدم بقائه بالنسبة لنا، مثل قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيها أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥].فهذا النوع هو الذي وقع الخلاف فيه، واختلف في حجيته بالنسبة إلينا.

فذهب بعض العلماء كالحنفية إلى حجيته، وأنه يعتبر كجزء من شريعتنا. وذهب الآخرون إلى أنه ليس بشرع لنا. واستدل كل فريق بجملة أدلة تأييداً لمذهبه(١).

---

(١) انظر «المستصفى» ص ١٣٢ وما بعدها. والآمدي ج ٤ ص ١٨٦ وما بعدها. وشرح مسلم الثبوت» ج ٢ ص ١٨٤ـ ١٨٥ «المسوّدة» ص ١٩٣، «الإحكام» لابن حزم ج ٥ ص ٧٢٤، «التلويح والتوضيح» ج ٢ ص ١٦.

٢٥١ ـ والحق إن هذا الخلاف غير مهم، لأنه لا يترتب عليه اختلاف في العمل، فما من حكم من أحكام الشرائع السابقة، قصه الله تعالى علينا، أو بينه الرسول ﷺ لنا، إلا وفي شريعتنا ما يدل على نسخه أو بقائه في حقنا، سواء جاء دليل الإبقاء أو النسخ في سياق النص الذي حكى لنا حكم الشرائع السابقة، أو جاء ذلك الدليل في مكان آخر من نصوص الكتاب والسنة.

ونذكر هنا، تأييداً لقولنا، ثبوت أحكام الآية السابقة في حقنا ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ . . ﴾ الخ بدلائل من شريعتنا، لأن بعض الناس يدّعي أن القصاص في الجروح والأعضاء، ليس شرعاً لنا، وإنما هو شرع من قبلنا فلا يلزمنا، وهذا وهم محض لا يقوم على حجة أو برهان. فلا خلاف بين العلماء في أن أحكام هذه الآية ثابته في حقنا، وأنها جزء من شريعتنا، ومن يطلع على كتب الفقهاء من مختلف المدارس الفقهية يجد باباً خاصاً للقصاص في النفس وفي ما دون النفس، فهو حكم ثابت في حقنا بلا خلاف.

قال الشافعي في صدد هذه الآية: «ذَكَر الله تعالى ما فرض على أهل التوراة فقال: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِم فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعينِ﴾ إلخ الآية. ولم أعلم خلافاً في أن القصاص في هذه الأمة كما حكى الله عز وجل أنه حكم بين أهل التوراة. ولم أعلم خلافاً في أن القصاص بين الحرين المسلمين في النفس وما دونها من الجراح التي يستطاع فيها القصاص بلا تلف يخاف على المستقاد منه من موضع القود»(١).

وجاء في المغني لابن قدامة: «وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس إذا أمكن»(٢).

وحكى ابن كثير في تفسيره الإجماع أيضاً على العمل بموجب الآية(٣).

---

(١) «أحكام القرآن» للشافعي ج ١ ص ٢٨٠-٢٨١.

(٢) «المغني» ج ٧ ص ٧٠٢-٧٠٣.

(٣) «تفسير ابن كثير» ج ٢ ص ٦٢.

فأحكام هذه الاية معمول بها في حقنا على رأي كلا الفريقين القائلين بشرع من قبلنا، والمخالفين لهم في ذلك. الأولون يحتجون بها وفقاً لمذهبهم، والآخرون يحتجون بها، لأن الدلائل من شريعتنا قامت على شرعيتها بالنسبة إلينا. ومن هذه الدلائل:

أولاً: قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ [البقرة:١٧٨]. وفي السنة: «وَالْعَمْدُ قَوَدٌ إلا أن يعفُو وَلِيُّ القتيل»، وفي حديث آخر: «مَنْ قُتِلَ له قتيل فهو بخير النظرين: إما أن يفتدي، وإما أن يقتل» فهذه النصوص تدل بصراحة على وجوب القصاص في القتل العمد. والقصاص في القتل بعض ما جاءت به الآية التي نحن بصدد الكلام عنها.

ثانياً: قضى النبي ﷺ بالقصاص في الجروح[١]، وفي السن، ولكن المجني عليه عفا عن القصاص[٢].

ثالثاً: وعن النبي ﷺ، أنه قال: «من أصيب بدم أو خبل - أي جراح فهو بالخيار بين إحدى ثلاث: إما أن يقتص أو يأخذ العقل - أي الدية - أو يعفو»[٣].

رابعاً: قال تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:١٩٤]. وقال العلماء: إن هذه الآية يندرج فيها القصاص في النفس وفيما دون النفس الواردة في الآية: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾[٤].

ومن هذا كله يتبين أن أحكام آية القصاص التي شرعت لمن كان قبلنا، ثابته في حقنا أيضاً بالدلائل التي جاءت في شريعتنا.

---

(١) «أقضية الرسول ﷺ» للشيخ عبدالله بن محمد بن فرج ص ٩ .

(٢) المرجع السابق ص ١٣.

(٣) «نيل الأوطار» للشوكاني ج ٧ ص ٧ .

(٤) الآمدي ج ٤ ص ١١٩ ، «المستصفى» للغزالي ج ١ ص ١٣٤-١٣٥ .

الفصل الحادي عشر

الدليل الحادي عشر

الاستصحاب

تعريفه :

٢٥٢ ـ الاستصحاب في اللغة : طلب المصاحبة واستمرارها . وفي الاصطلاح : استدامة إثبات ما كان ثابتاً ، أو نفي ما كان منفياً(١) . أو هو : بقاء الأمر على ما كان عليه ما لم يوجد ما يغيره(٢) . فما علم وجوده في الماضي ثم حصل تردد في زواله ، حكمنا ببقائه استصحاباً لوجوده السابق . وما علم عدمه في الماضي ثم حصل تردد في وجوده ، حكمنا باستمرار عدمه استصحاباً لعدمه السابق .

وعلى هذا ، من علمت حياته في وقت معين حكمنا باستمرار حياته حتى يقوم الدليل على وفاته . . ومن تزوج امرأة على أنها بكر ثم ادَّعى الثيوبة بعد الدخول فلا يقبل قوله بلا بينة ، استصحاباً لوجود البكارة ، لأنها هي الأصل منذ النشأة الأولى .

ومن اشترى كلباً على أنه من «كلاب البوليس» التي تحسن تَتَبُّع الآثار ، وتساعد على كشف الجريمة ، أو اشتراه على أنه كلب صيد ، فادعى فوات الوصف ، فالقول قوله إلا إذا ثبت خلافه ـ ، استصحاباً للعدم السابق ، لأن الأصل عدم هذا الوصف ، وإنما يستفاد بالمران والتدريب .

---

(١) «أعلام الموقعين» ج ١ ص ٢٩٤ .

(٢) الشوكاني ص ٢٠ .

٢٥٣ ـ أنواع الاستصحاب :

أولاً : استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء(١) .

الأشياء النافعة من طعام أو شراب أو حيوان أو نبات أو جماد، ولا يوجد دليل على تحريمها، هي مباحة، لأن الإباحة هي الحكم الأصلي لموجودات الكون، وإنما يحرم ما يحرم منها بدليل من الشارع لمضرتها.
والدليل على أن الحكم الأصلي للأشياء النافعة هو الإباحة، قوله تعالى ممتنا على عباده ﴿وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمٰوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً مِنْهُ﴾ [الجاثية: ١٣] وقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً﴾ [البقرة: ٢٩] ولا يتم الامتنان ولا يكون التسخير إلا إذا كان الانتفاع بهذه المخلوقات مباحاً. أما الأشياء الضارة فالأصل فيها التحريم لقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ».

ثانياً استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلي:

فذمة الإنسان غير مشغولة بحق ما إلا إذا قام الدليل على ذلك، فمن ادعى على آخر حقاً، فعليه الإثبات، لأن الأصل في المدعى عليه البراءة من المدعى به. وإذا ادعى المضارب عدم الربح فالقول قوله، لأن الأصل عدم الربح، فيستصحب هذا العدم، إلا إذا ثبت خلافه.

ثالثاً استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يقوم الدليل على خلافه:

فمن ثبتت ملكيته لعقار أو منقول، تبقى هذه الملكية ونحكم بها إلا إذا قام الدليل على زوالها كأن يبيعه أو يقفه أو يهبه.. وشغل الذمة بدين عند وجود سببه من التزام بمال أو إتلاف المال، يبقى قائماً ثابتاً، إلا إذا وجد المغير، أي إلا إذا قام الدليل على تفريغ الذمة منه بأداء أو إبراء... وثبوت الحل بين

---

(١) «لطائف الإشارات» ص ٥٥ ـ ٥٦.

الزوجين بسبب عقد النكاح يبقى قائماً حتى يوجد الدليل على حصول الفرقة . . . وهكذا .

٢٥٤ ـ حجية الاستصحاب :

الاستصحاب عند الحنفية ومن وافقهم حجة لإبقاء ما كان على ما كان ، ودفع ما يخالفه ، وهذا هو معنى قولهم : الاستصحاب حجة في الدفع لا في الإثبات . وعند غيرهم ، كالحنابلة والشافعية ، حجة للدفع ، وللإثبات، أي لثبوت الحكم السابق ، وتقريره كأنه ثابت بدليل جديد حاضر . لأن الاستصحاب يستلزم الظن الراجح ببقاء الشيء على ما كان عليه ، والظن الراجح معتبر في الأحكام الشرعية العملية . وتفرع على هذا الخلاف ، خلافهم في المفقود ، فهو عند الحنفية حي استصحاباً فيأخذ حكم الأحياء بالنسبة لأمواله وحقوقه القائمة وقت فقده ، فلا تورث عنه ، ولا تبين منه زوجته ، ولكن حياته هذه لا تصلح لاكتساب حق جديد أي لإثبات أمر لم يكن للمفقود وقت فقده ، فلا يرث من مورثه إذ مات قبله بمعنى لا يستحق قيمة المطالبة بتسليم نصيبه من الميراث ، وإنما يوقف هذا النصيب إلى أن تتبين حاله ، فإما أن يظهر أنه حي فيستحق نصيبه الموقوف ، وإما أن تثبت وفاته بحكم القاضي ، فيقسم نصيبه على ورثة مورثه الذين كانوا أحياء في ذلك الوقت .

أما القائلون بحجية الاستصحاب دفعاً وإثباتاً ، فعندهم المفقود تثبت حياته وله حكم الأحياء تماماً ، فلا تزول عنه أمواله ، ولا تبين منه زوجته ، ويستحق نصيبه من الميراث إذا مات مورثه قبله ، وكذا يستحق نصيبه من الموصى به . ومثل هذا الخلاف: خلافهم في الصلح عند الإنكار ، فعند الحنفية يصح هذا الصلح بين المدّعى والمدّعي عليه المنكر ، ولا يصح هذا الصلح عند غير الحنفية ، كالشافعية ، ووجهتهم ما قلناه من حجية الاستصحاب دفعاً وإثباتاً.

٢٥٥ ـ ما يلاحظ على الاستصحاب :

أولاً : الاستصحاب ، في الحقيقة ، لا يثبت حكماً جديداً ، ولكن يستمر به الحكم

السابق الثابت بدليله المعتبر . فهو إذن ، ليس في ذاته دليلاً فقهياً ولا مصدراً تستقي منه الأحكام ، وإنما هو فقط قرينة على بقاء الحكم السابق الذي أثبته دليله .

ثانياً : الاستصحاب لا يصار إليه إلا عند عدم وجود الدليل الخاص في حكم المسألة ، بأن يبحث الفقيه ويبذل غاية جهده في التحري عن الدليل فلا يجده ، فيرجع إلى الاستصحاب . . ولهذا ، فهو ، كما قال بعضهم عنه ، انه : «آخر مدار الفتوى . فإن المفتي إذا سئل عن حادثة ، يطلب حكمها في الكتاب ثم في السنة . . إلخ . فإن لم يجده يأخذ حكمه من استصحاب الحال في النفي والإثبات ، فإذا كان التردد في زواله فالأصل بقاؤه ، وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته»(١) .

٢٥٦ ـ ما ابتني على الاستصحاب من قواعد ومبادىء :

وبالاستصحاب تقررت جملة قواعد ومبادىء ، قامت عليه وتفرعت منه ، ومنها :

أولاً : الأصل في الأشياء الإباحة :

وقد تفرع عن هذا الأصل بأن العقود والتصرفات وشتى المعاملات بين الناس ، حكمها الإباحة ، إلا إذا وجد النص بالتحريم . وهذا قول فريق من الفقهاء .

ثانياً : الأصل براءة الذمة ، أو الأصل في الذمة البراءة :

وقد أخذ بهذا الأصل في القضايا المدنية والجزائية على حد سواء . فمن ادعى على غيره حقاً ، فالأصل عدمه ، إلا إذا أثبت المدعي ذلك .

---

(١) الشوكاني ص ٥٠٨ .

والمتهم بـريء حتى تثبت إدانته، ومن هنـا جاء القـول: الشك يفسـر لمصلحة المتهم. والخطأ في براءة متهم خير من الخطأ في إدانة بريء.

ثالثاً: اليقين لا يزول بالشك. فمن توضأ ثم شك في الانتقاض بقي على وضوئه، ومن ثبت نكاحه فلا تزول الزوجية عنه إلا بيقين، ومن تملك عيناً بسبب شـرعي فلا تـزول ملكيته إلا بتصـرف ناقـل للملكيـة، والعلة في هـذه القاعدة: أن اليقين صار أمراً موجوداً لا ارتياب فيـه، فيستصحب هذا اليقين، إلا إذا قام الدليل على انتفائه، أما مجرد الشك فلا يقوى على زعزعة اليقين فلا يعتد به.

الباب الثالث

طرق استنباط الأحكام وقواعده

٢٥٧ - تمهيد :

تكلمنا في الباب الأول عن الحكم وما يتعلق به . وفي الباب الثاني عن أدلة الأحكام . ونريد في هذا الباب أن نتكلم عن طرق استنباط الأحكام من مصادرها ، والقواعد التي يسترشد بها المجتهد وهو بسبيل استنباطها والتعرف عليها من هذه المصادر .

وأول هذه المصادر التشريعية : هي نصوص الكتاب والسنة . . فهي مرجع كل استنباط وسند كل دليل . . وحيث أن هذه النصوص وردت بلغة العرب ، فلا بد من معرفة القواعد اللغوية الخاصة بتفسير النصوص . . . وقد اعتنى الأصوليون ببيان هذه القواعد بعد استقرائهم أساليب اللغة العربية ، واستعمالات الألفاظ في معانيها ، ودلالات الألفاظ على المعاني . . والخ . .

وهذه القواعد ، ونسميها بالقواعد الأصولية[١] ، لا تكفي وحدها لفهم

---

(١) هذه القواعد ضرورية لتفسير اي نص قانوني مكتوب باللغة العربية ، لان هذه القواعد ، موازين وضوابط لفهم العبارة العربية ، فما دام القانون مكتوبا باللغة العربية فهو يخضع في فهم الفاظه وعباراته لهذه الموازين والضوابط ، وهذا سواء كان القانون وضع ابتداء باللغة العربية او ترجم عن لغة أجنبية . ولهذا فان عدم مراعاة هذه القواعد في تفسير النصوص تؤدي الى الخطأ في فهم القانون ومعرفة أحكامه وما يجب تطبيقه من نصوصه على الوقائع المختلفة ، وبالتالي تضيع حقوق الناس ، لان القاضي يطبق القانون حسب فهمه فاذا كان فهمه سقيما أو معيبا او غير صحيح ادى ذلك الى ضياع الحقوق على أصحابها وايصالها الى غير مستحقيها او ادانة البريء وبراءة المجرم . وأخيرا فان من المفيد ان نبين هنا ان تفسير القوانين يكون على ثلاثة انحاء (الاول) التفسير الفقهي وهو الذي يعالجه الفقهاء في شروحهم للقوانين وهذا النوع من التفسير يتسم بالتجريد والمنطق البحث وعدم مراعاة الواقع (الثاني) التفسير القضائي وهذا يتسم بمراعاة الواقع والوقائع المطروحة امام القاضي فهو تفسير تغلب عليه الصفة العملية والتأثر بالواقع بخلاف التفسير الفقهي . هذا وان القاضي يمارس تفسير القانون عند نظره في وقائع الدعوى فهو يفسره تمهيدا لتطبيقه ، ولهذا لا يجوز الطلب ابتداء واستقلالا من الحاكم ان يصدر تفسيرا لنص قانون معين ، لانه لا يفسره الا عند تطبيقه على الو قائع لان هذا التفسير ضروري للتطبيق . (الثالث) التفسير التشريعي وهو الذي يتولاه المشرع نفسه ليزيل غموضا في نص او ابهاما في عبارة منه ، او تقييدا لمطلقه او رفعا للنزاع والاختلاف في تفسيره ، وهذا النوع من التفسير يلحق بالنص الاصلي ويعتبر جزء منه . والتفسير بأنواعه يستعين بقواعد تفسير النصوص التي أشرنا اليها ، لمعرفة المراد من منطوق النص ، أما عند عدم وجود النص ، فيستعان بالقياس ومقاصد التشريع ونحو ذلك لمعرفة الحكم المطلوب

النصوص وتفسيرها على الوجه الأكمل، بل لا بد من معرفة مقاصد الشارع العامة من تشريعه الأحكام.

وينبغي أيضاً للمجتهد أن يعرف القواعد التي يستعان بها على دفع ما قد يبدو من تعارض بين النصوص أو بين الأحكام، وكيفية رفع هذا التعارض وطرقه بما في ذلك معرفة الناسخ والمنسوخ، وقواعد الترجيح بين الأدلة والأحكام.

فطرق الاستنباط وقواعده، تقوم على العلم بالقواعد الأصولية اللغوية ومقاصد التشريع العامة، وكيفية رفع التعارض بين الأدلة وترجيح بعضها على بعض ومعرفة الناسخ والمنسوخ.

وعلى هذا سنقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول:

الأول: في القواعد الأصولية.

الثاني: في مقاصد التشريع العامة.

الثالث: في الناسخ والمنسوخ والتعارض والترجيح.

الفصل الأول

القواعد الأصولية اللغوية

٢٥٨ ـ تمهيد:

هذه القواعد تتعلق بألفاظ النصوص من جهة إفادتها للمعاني، كما أشرنا من قبل. والإحاطة بهذه القواعد تستلزم الوقوف على أقسام اللفظ بالنسبة للمعنى، ومعرفة ما يندرج تحت كل قسم من فروع وتقسيمات.

واللفظ عند الأصوليين، بالنسبة للمعنى وعلاقته به، ينقسم إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: باعتبار وضع اللفظ للمعنى. وهو بهذا الاعتبار، خاص وعام ومشترك.

القسم الثاني: باعتبار استعمال اللفظ في المعنى الموضوع له أو في غيره. وهو بهذا الاعتبار حقيقة ومجاز، وصريح وكناية.

القسم الثالث: باعتبار دلالة اللفظ على المعنى، أي من حيث وضوح المعنى وخفاؤه من اللفظ المستعمل فيه. وهو بهذا الاعتبار، ظاهر ونص ومفسر ومحكم وخفي ومجمل ومشكل ومتشابه.

القسم الرابع: باعتبار كيفية دلالة اللفظ على المعنى المستعمل فيه، وطرق فهم المعنى من اللفظ، وبهذا الاعتبار تكون دلالة اللفظ على المعنى إما بطريق العبارة أو الإشارة أو الدلالة أو الاقتضاء.

وسنتكلم عن كل قسم من هذه الأقسام في مبحث على حدة، بالترتيب الذي ذكرناه، لأنه هو الترتيب الطبيعي، فاللفظ يوضع للمعنى أولاً، ثم يستعمل فيه، ثم ينظر في دلالته على المعنى من جهة الوضوح والخفاء، ثم يبحث عن طريق معرفة المعنى، سواء كان واضحاً أو خفياً.

المبحث الأول

في وضع اللفظ للمعنى

٢٥٩ ـ اللفظ باعتبار وضعه للمعنى، ينقسم إلى خاص وعام ومشترك. والخاص يندرج تحته المطلق والمقيد والأمر النهي. وعلى هذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: الأول في الخاص، والثاني في العام، والثالث في المشترك.

المطلب الأول

الخاص

تعريفه وأنواعه:

٢٦٠ ـ الخاص في اللغة: هو المنفرد من قولهم: اختص فلان بكذا، أي انفرد به. وفي اصطلاح الأصوليين: هو كل لفظ وضع لمعنى واحد على الانفراد[١].

وهو ثلاثة أنواع: خاص شخصي، كأسماء الأعلام، مثل: زيد ومحمد. وخاص نوعي، مثل: رجل وامرأة وفرس. وخاص جنسي، مثل: إنسان. ومن الخاص اللفظ الموضوع للمعاني لا للذوات مثل: العلم والجهل، ونحوهما[٢].

وإنما كان النوعي والجنسي من الخاص، لأن المنظور إليه في الخاص هو تناول اللفظ لمعنى واحد، من حيث أنه واحد بغض النظر عن كونه له أفراد في الخارج، أو

(١) «أصول السرخسي» ١ ج ص ١٢٥ «شرح المنار» ص ٦٤-٦٥.

(٢) «أصول التشريع الإسلامي» للاستاذ علي حسب الله ص ١٨٠.

ليس له أفراد . ولا شك أن الخاص النوعي مثل «رجل» موضوع لمعنى واحد ، وهو الذكر الذي تجاوز حد الصغر ، وكون هذا المعنى له افراد في الخارج لا يهم كما قلنا . وكذلك الخاص الجنسي مثل «إنسان» موضوع لمعنى واحد ، أي حقيقة واحدة ، وهي الحيوان الناطق ، وكون هذه الحقيقة الواحدة لها أنواع في الخارج لا يهم لأنها غير منظور إليها . وعلى هذا فالخاص النوعي والخاص الجنسي كلاهما له معنى واحد ، فهما من هذه الناحية كالخاص الشخصي الموضوع لمعنى واحد وهو الذات المشخصة .

ويتضح من تعريف الخاص وأنواعه ، أن ألفاظ الأعداد كالثلاثة والعشرة والعشرين والمئة ونحو ذلك ، كلها من الخاص باعتبار أنها من الخاص النوعي ، وبهذا صرح بعض الأصوليين(١) ، فالثلاثة ونحوها من أسماء العدد موضوعة لمعنى واحد لأنها موضوعة لنفس هذا العدد ، أي مجموع الوحدات من حيث المجموع من غير نظر إلى شيء آخر ، وتركبه من أفراد لا يقدح في خصوصه ولا يوجب كثرة فيه ، لأنه بمنزلة كثرة أجزاء زيد ، يوضحه أن معنى الثلاثة لا يوجد في كل واحد من أجزائها ، كما لا يوجد معنى الزيدية في ضمن أجزاء زيد . ولكن البعض الآخر جعل أسماء الأعداد من الخاص ، لا على أساس أنها من الخاص النوعي ، ولكن على أساس أنها تدل على أفراد كثيرة محصورة بنفس اللفظ ، وما كان كذلك فهو من الخاص . ولهذا يعرف هذا الفريق من الأصوليين الخاص : بأنه اللفظ الموضوع لكثير محصور كأسماء الأعداد ، أو الموضوع للواحد سواء كان الواحد باعتبار الشخص كزيد ، أو باعتبار النوع كرجل ، أو باعتبار الجنس كإنسان(٢) . وسواء أخذنا بالتعريف الأول وبقول أصحابه ، أو أخذنا بالتعريف الثاني وبقول أصحابه ، فإن أسماء الأعداد تعتبر من الخاص .

---

(١) «حاشية الإزميري ج ١ ص ١٢٨ «التلويح» ج ١ ص٣٤ ، «تسهيل الوصول الى علم الأصول» للمحلاوي ص ٣٤ .

(٢) «التلويح والتوضيح» ج ١ ص ٣٢- ٣٤ وبعضهم عرف الخاص بأنه اللفظ الذي يتناول شيئا محصورا أما واحدا او اثنين او ثلاثة او اكثر. انظر رسالة «شرح ورقات إمام الحرمين» للحطاب ص ٣٠ ، و «لطائف الإشارات» ص ٣٠ .

٢٦١ ـ حكم الخاص:

الخاص بينٌ في نفسه، فلا إجمال فيه ولا إشكال، ولهذا فهو يدل على معناه الموضوع له دلالة قطعية، أي بدون احتمال ناشيء عن دليل ويثبت الحكم لمدلوله على سبيل القطع لا الظن، مثل قوله تعالى في كفارة اليمين: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾ [المائدة: ٨٩]، فالحكم المستفاد من هذا النص هو وجوب صيام ثلاثة أيام، لأن لفظ الثلاثة من ألفاظ الخاص فيدل على معناه قطعاً ولا يحتمل زيادة ولا نقصاً. ومثله: أنصبة الورثة الواردة في القرآن فكلها قطعية لأنها من الخاص.

ومثله أيضاً: قوله عليه الصلاة والسلام: «في كل أربعين شاةً شاةٌ» فتقدير نصاب الزكاة بأربعين شاة تقدير لا يحتمل الزيادة ولا النقصان، لأنه من ألفاظ الخاص، وهذا هو حكم الخاص، فلا يجوز أن يقال: إن نصاب زكاة الماشية تسع وثلاثون أو خمسون مثلاً. كما أن تقدير زكاة الأربعين بشاة هو الآخر لا يحتمل الزيادة ولا النقصان، لأنه من الخاص أيضاً، وهذا هو حكم الخاص. ولكن إذا قام الدليل على تأويل الخاص، أي إرادة غير معناه الموضوع له، أو إرادة معنى آخر منه، فإن الخاص يحمل في هذه الحالة على ما اقتضاه الدليل، ومثاله ما ذهب إليه الحنفية من حمل الشاة الواردة في الحديث الشريف الذي ذكرناه على الشاة الحقيقية أو على قيمتها، ودليلهم على ذلك ملاحظة مقصد التشريع، ذلك أن الشارع الحكيم إنما أراد بتشريعه الزكاة، وبهذا النص نفع الفقراء وسد حاجتهم، وهذا المعنى يتحقق بإخراج الشاة عيناً، كما يتحقق بإخراج قيمتها.

وحيث أن حكم الخاص هو ما بيناه، وهو محل اتفاق بين العلماء، فإن الحنفية احتجوا به في المسائل التي اختلفوا فيها مع غيرهم، ونذكر من هذه المسائل واحدة فقط.

اتفق الفقهاء على أن عدة المطلقة من ذوات الحيض المدخول بها غير الحامل ثلاثة قروء، لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. ولكنهم اختلفوا في المراد من «القروء»، فعند الحنفية المراد منها: الحيض،

فتعتد المطلقة ثلاث حيضات . وقال مخالفوا الحنفية : المراد : هو الاطهار. احتج الحنفية بأن لفظ «ثلاثة» ، خاص ، فهو يدل على معناه بصورة قطعية ، فيكون الحكم وجوب العدة بثلاثة قروء ، بدون زيادة ولا نقصان . فإذا حملنا معنى لفظ «القروء» على الاطهار ، فإن المدة تكون أكثر من ثلاثة قروء أو أنقص ، وهذا لا يجوز ، إذ هو خلاف مقتضى النص ، وخلاف حكم الخاص ، وذلك لأن الطهر الذي يطلق فيه الزوج زوجته إن لم نعتبره من العدة فإنها تكون ثلاثة أطهار وبعض الطهر ، وإن اعتبرناه تصير العدة طهرين وبعض الطهر ، وهذا خلاف حكم النص كما قلنا . أما إذا اعتبرنا «القروء» بمعنى الحيض ، فإن العدة تكون ثلاث حيضات بلا زيادة ولا نقصان ، وهذا هو حكم النص ومقتضى الخاص ، فيجب المصير إلى أن معنى «القروء» هو الحيض لا الاطهار(١) .

٢٦٢ ـ الأمثلة من القوانين الوضعية :

من أمثلة الخاص في القوانين الوضعية المادة ٢٤٤ من القانون المدني العراقي ، حيث نصت على أنه :

«لا تسمع دعوى الكسب دون سبب في جميع الأحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع . ولا تسمع الدعوى كذلك بعد انقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع» فالمدد المذكورة في هذه المدة من ألفاظ الخاص ، وهي تدل دلالة قطعية على معناها ، ويثبت الحكم بصورة قطعية بعد انقضاء هذه المدد وهو عدم سماع دعوى الكسب دون سبب .

ومن أمثلة الخاص أيضاً : العقوبات المقدرة في قانون العقوبات العراقي ، والمدد المقررة في قانون أصول المرافعات المدنية للطعن في الأحكام الصادرة من المحاكم . ومن أمثلتها أيضاً : المدد التي اشترط قانون الخدمة المدنية قضاءها من قبل الموظف في كل درجة حتى يمكن ترفيعه إلى الدرجة التي تليها .

---

(١) «أصول» السرخسي ١ ج ص ١٢٨ ، «شرح المنار» لابن ملك ص ٧٨

ومن أمثلة الخاص أيضاً في قـانون التقـاعد المـدني رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٦ :
الحصص التقاعدية التي حددها هذا القانون ، والواجب استقطاعها من كل موظف يبلغ راتبه حداً معيناً ، فتلك الحصص ومبلغ الراتب كلها من ألفاظ الخاص فيثبت الحكم على النحو المذكور في القانون من جهة مقدار الاستقطاع بصورة قطعية لا تحتمل التأويل .

الفرع الأول

المطلق والمقيد

٢٣٦ ـ تعريف المطلق والمقيد :

المطلق : هو اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه(١)، وبعبارة أخرى : هو اللفظ الدال على فرد ، أو أفراد غير معينة ، وبدون أي قيد لفظي(٢) ، مثل : رجل ورجال ، وكتاب وكتب .

والمقيد : هو اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه مع تقييده بوصف من الأوصاف(٣) ، وبعبارة اخرى : هو ما كان من الألفاظ الدالة على فرد أو أفراد غير معينة مع اقترانه بصفة تدل على تقييده بها ، مثل : رجل عراقي ، ورجال عراقيين ، وكتب قيمة . وهذا وإن المقيد فيما عدا ما قيد به يعتبر مطلقاً ، بمعنى : أن المقيد يعتبر مقيداً بالقيد الموصوف به ، ولا يجوز تقييده بغيره بلا دليل . فقولنا : رجل عراقي ، مقيد من جهة الجنسية العراقية فقط ، أما ما عدا هذا القيد فهو مطلق ، فيشمل أي رجل عراقي ، سواء كان غنياً أو فقيراً ، حضرياً أو قروياً ، وهكذا .

٢٦٤ ـ حكم المطلق :

أنه يجرى على إطلاقه ، فلا يجوز تقييده بأي قيد ، إلا إذا قام الدليل على التقييد ، وتكون دلالته على معناه قطعية ، ويثبت الحكم لمدلوله ، لأنه من أقسام

---

(١) الآمدي ج ٣ ص ٢ «إرشاد الفحول» ص ١٤٤.

(٢) «شرح مسلم الثبوت» ج ١ ص ٣٦٠.

(٣) الآمدي ج ٣ ص ٣ـ ٤ ، «إرشاد الفحول» ص ١٤٤.

الخاص، وهذا هو حكم الخاص.

ومن أمثلة المطلق، قوله تعالى في كفارة الظهار: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرونَ مِنْ نِسائِهِمْ ثُمَّ يَعودونَ لِمَا قالوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ من قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣] فكلمة «رقبة» وردت في النص مطلقة من كل قيد، فتحمل على إطلاقها، فيكون الواجب تحرير أي رقبة إذا أراد المظاهر العود إلى زوجته.

ومثله أيضاً، قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوفَّونَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ [البقرة: ٢٣٤] فكلمة «أزواجاً» وردت مطلقة، فلا يجوز تقييدها بالدخول، فيشمل النص الزوجات المدخول بهن وغير المدخول بهن، وتكون عدة الوفاة في حقهن أربعة أشهر وعشرة أيام.

ومثال المطلق الذي قام الدليل على تقييده، قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١] فكلمة «وصية» وردت في النص مطلقة. ومقتضى ذلك جواز الوصية بأي مقدار كان، ولكن قام الدليل على تقييدها بالثلث. ودليل التقييد هو الحديث المشهور عن سعد بن أبي وقاص، حيث منعه الرسول عليه السلام من الوصية بأكثر من الثلث، والسنة المشهورة تقيد مطلق الكتاب عند الفقهاء، الحنفية وغيرهم. أما سنة الآحاد فتقيد مطلق الكتاب عند الجمهور، ولا تقيده عند الحنفية.

٢٦٥ ـ حكم المقيد:

لزوم العمل بموجب القيد فلا يصح إلغاؤه، إلا إذا قام الدليل على ذلك. ومثال ذلك قوله تعالى ـ في سياق تعداد المحرمات ـ: ﴿وَرَبَائِبُكُمْ اللاتِي في حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] وعلى هذا فالبنت تحرم على من تزوج أمها ودخل بها، لأن حرمة البنت مقيدة بنكاح أمها والدخول بها لا بمجرد العقد عليها. وأما كلمة «في حجوركم»، فهي ليست بقيد احترازي، وإنما هي قيد أكثري لا تأثير له في الحكم، بدليل قوله تعالى بعد ذلك: ﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا

﴿جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، ولو كان من قيد الحرمة كون البنت في حجر الزوج ورعايته وتربيته لذكر عند بيان الحل، ورفع الحرمة عند عدم تحقق القيد وهو الدخول بالأم. ومن أمثلته أيضاً: قوله تعالى في كفارة الظهار: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٤] فصيام شهرين مقيد بالتتابع. ومنه أيضاً: قوله تعالى في كفارة القتل الخطأ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] فلا تجزىء إلا رقبة بوصف أنها مؤمنة.

٢٦٦ ـ حمل المطلق على المقيد(١):

قد يرد اللفظ مطلقاً في نص، ويرد نفس اللفظ مقيداً في نص آخر، فهل يحمل المطلق على المقيد، بمعنى: أن المطلق يراد به المقيد، أو يعمل بالمطلق على إطلاقه فيما ورد فيه، ويعمل بالمقيد على تقييده فيما ورد فيه؟ للجواب، لا بد من بيان الحالات التي يرد فيها اللفظ مطلقاً في نص، ومقيداً في نص آخر وحكم كل حالة. وهذه الحالات هي:

أولاً: إذا كان حكم المطلق والمقيد واحداً، وكذا سبب الحكم، ففي هذه الحالة يحمل المطلق على المقيد، مثاله: قوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾ وقوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً﴾ [الأنعام: ١٤٥] فلفظ «الدم» ورد في الآية الأولى مطلقاً، وورد في الثانية مقيداً بكونه مسفوحاً، والحكم في الآيتين واحد هو حرمة تناول الدم، وسبب الحكم واحد وهو الضرر الناشيء عن تناول الدم. فيحمل المطلق على المقيد، ويكون المراد من الدم المحرم تناوله هو الدم المسفح، دون غيره: كالكبد، والطحال، والدم الباقي في اللحم والعروق، فكل ذلك حلال غير محرم.

---

(١) الآمدي ج ٣ ص ٣ وما بعدها، «فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت» ج ١ ص ٣١٦ وما بعدها. «المسوّدة» ص ١٤٥ ـ ١٤٧، «إرشاد الفحول» ص ١٤٥ ـ ١٤٦، و «لطائف الإشارات» ص ٣٢ ـ ٣٣.

ثانياً: أنْ يختلف المطلق والمقيد في الحكم والسبب، مثل: قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ [المائدة: ٦] فكلمة «الأيدي» في الآية الأولى وردت مطلقة، وفي الثانية مقيدة «إلى المرافق» والحكم مختلف: ففي الآية الأولى: قطع يد السارق والسارقة، وفي الثانية: وجوب غسل الأيدي. وسبب الحكم في الآية الأولى: السرقة، وفي الثانية: إرادة الصلاة. ففي هذه الحالة لا يحمل المطلق على المقيد، بل يعمل بالمطلق في موضعه وبالمقيد في موضعه، إذ لا صلة ولا ارتباط أصلاً بين موضعي النصين، وكان مقتضى الإطلاق في آية السرقة أن تقطع يد السارق كلها عملا بالإطلاق، ولكن السنة قيدت هذا الإطلاق، إذ وردت بأن النبي ﷺ قطع يد السارق من الرسغ، وهذه السنة مشهورة عند الحنفية فيصح بها تقييد مطلق الكتاب.

ثالثاً: أن يختلف الحكم ويتحد السبب. وفي هذه الحالة يبقى المطلق على إطلاقه ويعمل به في موضعه الذي ورد فيه. مثاله قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ [المائدة: ٦] وقوله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وأَيْدِيكُمْ منهُ﴾ [المائدة: ٦] فالحكم:

في النص الأول: وجوب غسل الأيدي التي وردت مقيدة، والحكم في النص الثاني: مسح الأيدي التي وردت مطلقة، والسبب للحكمين متحد وهو إرادة الصلاة. ففي هذه الحالة لا يحمل المطلق على المقيد، بل يعمل كل منهما في موضعه بموجب إطلاقه أو تقييده.

رابعاً: أن يكون حكم المطلق والمقيد واحداً، ولكن سبب الحكم فيهما مختلف، ففي هذه الحالة يعمل بالمطلق على إطلاقه فيما ورد فيه، وبالمقيد على تقييده فيما ورد فيه، فلا يحمل المطلق على المقيد، وهذا عند الحنفية والجعفرية؛ وعند

غيرهم كالشافعية: يحمل المطلق على المقيد، ومثاله: قوله تعالى في كفارة الظهار: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣] وفي كفارة القتل الخطأ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] فلفظ «رقبة» جاء في النص الأول مطلقاً، وفي الثاني مقيداً.

وحجة أصحاب القول الثاني: هي أن الحكم ما دام متحداً مع ورود اللفظ مطلقاً في نص، ومقيداً في نص آخر، فينبغي حمل المطلق على المقيد لتساويهما في الحكم، دفعا للتعارض، وتحقيقاً للانسجام بين النصوص.

وحجة الحنفية: أن اختلاف السبب قد يكون هو الداعي إلى الاطلاق والتقييد، فيكون الإطلاق مقصوداً في موضعه، والتقييد مقصوداً في موضعه، ففي كفارة القتل الخطأ قيدت الرقبة بكونها مؤمنة تغليظاً على القاتل. وفي الظهار جعلت الكفارة رقبة مطلقة تخفيفاً عن المُظاهرِ، حرصاً على بقاء النكاح. وأيضاً، فإن حمل المطلق على المقيد إنما يكون لدفع التعارض بينهما عند عدم إمكان العمل بموجب كل منهما، ومع اختلاف السبب لا يتحقق التعارض ولا يتعذر العمل بكل منهما في موضعه الذي ورد فيه. والراجح هو قول الحنفية والجعفرية.

٢٦٧ ـ أمثلة المطلق والمقيد في القوانين الوضعية:

أولاً: نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٩ من قانون الأحوال الشخصية العراقي على ما يأتي:

«تستمر نفقة الأولادِ إلى أن تتزوج الأنثى، ويصل الغلام إلى الحد الذي يكتسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم.

فلفظ «علم» مطلق، وبالتالي لا يجوز عند تطبيق هذه المادة اشتراط أي صفة للعلم، لأن هذه الكلمة وردت مطلقة، والمطلق يجرى على إطلاقه، وبالتالي فنفقة الولد تستمر وإن بلغ الحد الذي يكسب فيه أمثاله ما دام طالب علم، سواء كان هذا العلم يتعلق بالطب أو باللغة أو بفقه الشريعة.

ثانياً: نص قانون الخدمة المدنية العراقي رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ في الفقرة الرابعة من المادة التاسعة عشرة على ما يأتي:

«كل موظف مثبت اشترك في دورة تدريبية لا تقل مدتها عن ستة أشهر متصلة، وأكملها بنجاح، يعطى قدماً لمدة ستة أشهر لغرض الترفيع، وإذا كان قد حصل على شهادة اختصاص جامعية فيعطى قدماً لمدة سنة لغرض الترفيع».

في هذا النص ما يأتي:

أ ـ وردت كلمة «دورة» في المادة مقيدة بجملة قيود هي: أن تكون تدريبية، وأن لا تقل مدتها عن ستة أشهر متصلة، وأن يكملها الموظف بنجاح. وعلى هذا لا يجوز إضافة أي قيد آخر على قيود الدورة، كأن يشترط لها أن تكون داخل أو خارج العراق، صباحية أو مسائية، لأن المقيد فيما عدا ما قيد به يبقى مطلقاً.

ب ـ وردت عبارة «ستة أشهر متصلة» فالستة الأشهر، إذن، مقيدة بقيد التتالي، فإن كانت الدورة مدتها ستة أشهر، ولكنها غير متتالية، فإن الموظف لا يستفيد من هذه المادة حتى ولو نجح في الدورة، لأن قيد التتالي في مدتها لم يتوفر.

جـ ـ وردت عبارة «شهادة اختصاص جامعية» فالقيد في الشهادة التي يحصل عليها الموظف لينال قدماً مدته سنة لغرض الترفيع، هذا الشرط هو أن تكون شهادة اختصاص جامعية.. وعلى هذا لا يجوز إضافة قيد آخر لهذه الشهادة ما دامت هي شهادة اختصاص جامعية، كأن يشترط فيها أن تكون ذات علاقة بوظيفته، أو إنها من جامعة في العراق أو في خارجه، فكل هذه القيود لم يرد بها القانون وبالتالي لا يجوز إضافتها أو اشتراطها، لأن المقيد كما قلت، فيما عدا ما قيد به يبقى مطلقاً. وقد

ذهب البعض إلى أن شهادة الاختصاص الجامعية هذه يجب أن تكون ذات علاقة بوظيفة الموظف. وهذا غير صحيح لما قلناه من أن المطلق يجرى على إطلاقه، إلا إذا نص على تقييده، وأن المقيد فيما عدا ما قيد به يبقى مطلقاً. ونضيف إلى ذلك أن المشرع لو أراد هذا القيد وهو أن تكون هذه الشهادة ذات علاقة بوظيفة الموظف لنص عليه صراحة، كما فعل في الفقرة الثانية من المادة ١١ من هذا القانون.

ثالثاً: نص القانون المدني العراقي على ما يأتي:

المادة ٢١٣ ـ فقرة ـ ٢: فمن سبب ضرراً للغير وقاية لنفسه أو لغيره، من ضرر محدق يزيد كثيراً على الضرر الذي سببه لا يكون ملزماً إلا بالضرر الذي تراه المحكمة مناسباً.

فكلمة «ضرر» جاءت مطلقة فتصدق على أي ضرر مهما كان نوعه وصفته ومتعلقة، أي سواء كان قليلاً بذاته أو كثيراً، متعلقاً بجسم الإنسان أو ماله، لأن كلمة ضرر مطلقة كما قلنا.

ونصت أيضاً الفقرة الثانية من المادة ٢١٤ من القانون المدني العراقي «فإذا هدم أحد داراً بلا إذن صاحبها، لمنع وقوع الحريق في المحلة وانقطع هناك الحريق، فإن كان الهادم هدمها بأمر أولي الأمر لم يلزمه الضمان، وإن كان هدمها من تلقاء نفسه ألزم بتعويض مناسب» كلمة دار وردت مطلقة فتصدق على أي نوع من أنواع الدور. كذلك وردت كلمة «حريق» مطلقة، فتصدق على أي حريق مهما كانت جسامته أو سببه. أما كلمة «بتعويض مناسب» فهي مقيدة فلا يكفي أي تعويض يحكم به الحاكم، بل لا بد أن يكون هذا التعويض مناسباً للضرر الذي أصاب صاحب الدار المهدومة.

رابعاً: ونص القانون المدني العراقي أيضاً على ما يأتي:

المادة ١١٨٤ ـ الفقرة الأولى: إذا حاز أحد أرضاً أميرية باعتباره متصرفاً

فيها ، وزرعها عشر سنوات متوالية من غير منازع ، ثبت له حق القرار عليها
المادة ١٢٣٣ ـ الفقرة الأولى : يفقد المتصرف في الأرض الأميرية حق تصرفه فيها إذا لم يزرعها ، لا بالذات ولا بطريق الإجارة أو الإعارة ، وتركها دون زراعة ثلاث سنوات متواليات من غير أن يكون له في ذلك عذر صحيح .

فعبارة «عشر سنوات متوالية» و «ثلاث سنوات متواليات» من المقيد ، والقيد هو التوالي ، فيثبت الحكم المذكور في المادتين بعد مضي هاتين المدتين بقيد التوالي وبتحقق قيام المتصرف بما ذكرته المادتان .

خامساً : نص قانون العقوبات العراقي في المادة ٧٥:

«إذا اتهم حدثٌ بارتكاب اكثر من جريمة ، جازت محاكمته عن جميع تلك الجرائم في دعوى واحدة» .

فكلمة «حدث» وردت مطلقة ، فتصدق على أي حدث مهما كانت صفته ، وبالتالي تطبق عليه هذه المادة إذا توافرت شروطها .

ونصت المادة ٤٧ من قانون العقوبات العراقي : يعد شريكاً في الجريمة : ١ ـ ،،، ٢ ـ ،،، ٣ ـ من أعطى الفاعل سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعده . . الخ .

فكلمة «سلاحاً» و «آلات» مطلقة تصدق على أي شيء يسمى سلاحاً أو آلة دون تقيد بأي قيد ما دام هذا السلاح أو الآلة قد استعمل في ارتكاب الجريمة ، وبالتالي يعتبر معطيها للفاعل شريكاً له في الجريمة .

الفرع الثاني

الأمر

٢٦٨ ـ الأمر من أقسام الخاص، وهو اللفظ الموضوع لطلب الفعل على سبيل الاستعلاء[1]. ويتحقق طلب الفعل بصيغة الأمر المعروفة «افعل»، أو بصيغة المضارع المقترن بلام الأمر، أو بالجمل الخبرية التي يقصد بها الأمر والطلب لا الإخبار، وبأساليب وتعابير أخرى.

فمن الأول: قوله تعالى: ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ﴾ [السلوك: ٧٨] وقوله: ﴿أَطِيعُوا اللهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ﴾ [المائدة: ٩٢].

ومن الثاني: قوله ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥]، وقوله عليه السلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فَلْيَقُلْ خيراً أو ليصمت».

ومن الثالث: قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فالمقصود بهذه الصيغة أمر الوالدات بإرضاع أولادهن، لا الإخبار بوقوع الإرضاع من الوالدات.

٢٦٩ ـ موجب الأمر[2]:

صيغة الأمر ترد لمعانٍ كثيرة منها الوجوب والندب والإباحة والتهديد والإرشاد والتأديب والتعجيز والدعاء وغير ذلك من المعاني[3].

---

(١) «التوضيح» ج ١ ص ١٤٠. «مرقاة الوصول وحاشية» الإزميري ج ١ ص ١٥٥ـ ١٥٦ والآمدي ج ٢ ص ٢٠٤. ويلاحظ هنا أمران (الاول) ان القيد الوارد بالتعريف وهو (على سبيل الاستعلاء) للدلالة على ان علو الامر في الواقع ليس بشرط بل شرطه عد الامر نفسه عاليا سواء كان عاليا في الواقع أو لا (والثاني) ان الامر حقيقة في القول المخصوص باتفاق العلماء والجمهور على ان الامر مجاز في الفعل كقوله تعالى: ﴿وَمَا أَمْرُ فِرْعَوْنَ برسيد﴾ [هود: ٩٧] أي فعله، من باب اطلاق السبب على المسبب. انظر «إرشاد الفحول» ص ٩١ و «المنار وشرحه» ص ١٠٨ـ١٠٩ والآمدي ج ٢ ص ١٨٨ وما بعدها.

(٢) انظر الامدي ج ٢ ص ٢٠٧ وما بعدها.

(٣) الوجوب: مثل قوله تعالى: ﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ﴾ [النور: ٥٦].

ولورود صيغة الأمر في هذه المعاني الكثيرة، حصل الاختلاف فيما أريد بالأمر من معنى على وجه الحقيقة، وبتعبير آخر اختلف العلماء في المعنى الذي وضعت له صيغة الأمر عند تجردها من القرائن الدالة على المعنى المراد. والاتفاق حاصل على أن صيغة الأمر ليست حقيقة في جميع هذه المعاني، فهي مجاز في غير الوجوب والندب والإباحة. فالاختلاف إذن في هذه المعاني الثلاثة بمعنى: هل الأمر وضع في الأصل للدلالة على هذه المعاني الثلاثة، أو على بعضها، أو على واحد منها بعينه؟

قال بعض العلماء: إن الأمر مشترك بين هذه المعاني الثلاثة بالاشتراك اللفظي، فلا يتبين المعنى المراد إلا بمرجح، كما هو الشأن في اللفظ المشترك.

وقال آخرون: الأمر مشترك بين الإيجاب والندب فقط اشتراكاً لفظياً، ولا بد من مرجح لتعيين واحد منهما.

وقال آخرون، ومنهم الغزالي: لا ندري أهو حقيقة في الوجوب فقط أو في الندب فقط أو فيهما معاً بالاشتراك، فلا حكم للأمر عند هؤلاء أصلاً بدون القرينة إلا التوقف حتى يتجلى المطلوب بالأمر، لأنه من قبيل المجمل لازدحام المعاني فيه.

أما عامة العلماء، فقالوا: إن الأمر حقيقة في واحد من هذه المعاني عيناً من غير اشتراك ولا إجمال، بمعنى: أن الأمر وضع في الأصل للدلالة على معنى واحد من هذه

الندب: مثل قوله تعالى: ﴿فكاتبوهم إنْ عَلِمْتُمْ فِيهم خيراً﴾[النور: ٣٣].

الإباحة: مثل قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُم فَاصْطادوا﴾ [المائدة: ٢]

التهديد: مثل قوله تعالى: ﴿اعمَلُوا ما شِئْتُم﴾ [فصلت: ٤٠]

الارشاد: مثل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّها الذينَ آمَنُوا إذا تَدايَنْتُم بِدَينٍ إلى أجلٍ مُسمًّى فاكتبوه﴾ [البقرة ٢٨٢]

التأديب: مثل قوله عليه السلام لعبد الله بن عباس وكان صغيراً «كُلْ مما يليك»

التعجيز: مثل قوله تعالى: ﴿فَأْتُوا بِسُورَةٍ مِنْ مثلِهِ﴾ [البقرة: ٢٣]

الدعاء: مثل قوله تعالى: ﴿ربِّ اغفر لي ولوالِدَيّ﴾ [نوح: ٢٨]

الامتنان: مثل قوله تعالى: ﴿كُلُوا مِمّا رَزَقَكُمُ اللهُ﴾ [الأنعام: ١٤٢].

الاكرام: مثل قوله تعالى: ﴿ادخُلوها بِسَلامٍ﴾ [الحجر: ٤٦، ق: ٣٤]

الاهانة: مثل قوله تعالى: ﴿ذُقْ إنَّك أنت العزيزُ الكريمُ﴾ [الدخان: ٤٩]

المعاني الثلاثة، فدلالته على هذا المعنى دلالة حقيقية مستمدة من أصل الوضع، وفيما عدا هذا المعنى الواحد مجاز.

واختلف هؤلاء في هذا المعنى الواحد المراد. فقال بعض أصحاب مالك: إنه الإباحة، لأنه لطلب وجود الفعل وأدناه المتيقنة إباحته. وقال جمع - وهو أحد قولي الشافعي - إنه الندب، لأن الأمر وضع لطلب الفعل، فلا بد من رجحان جانبه على جانب الترك وأدناه الندب، لاستواء الطرفين في الإباحة فلا يصار إليها.

وقال الجمهور: إنه الوجوب، أي إن الأمر المطلق وضع للدلالة على الوجوب، فهو حقيقة فيه مجاز في غيره، فلا يصار إلى غير الوجوب إلا بقرينة، فإن كانت القرينة تدل على الندب، كان موجب الأمر ومقتضاه الندب. وإن كانت القرينة دالة على الإباحة، كان موجب الأمر الإباحة، وهكذا. وهذا القول هو الصحيح، وعلى أساسه يجب ان تفهم النصوص وتستنبط الأحكام، والأدلة على صحة هذا القول كثيرة، نذكر منها ما يأتي(١):

١ - جاء في القرآن الكريم: ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [النور: ٦٣]، ووجه الدلالة بهذه الآية: أنها مسوقة للتحذير عن مخالفة الأمر بأن تصيب المخالف فتنة أو عذاب أليم، ولا يكون في مخالفة الأمر خوف الفتنة أو العذاب، إلا إذا كان المأمور به واجباً إذ لا محذور في ترك غير الواجب.

٢ - ومن السنة قوله عليه السلام: «لَوْلَا أَنْ أَشُقَّ على أمتي لَأمرتُهم بالسِّواكِ عند كُلِّ صَلَاةٍ» وهو دليل الوجوب، لأنه لو كان الأمر للندب لكان السواك مندوباً، ولما كان في الأمر به مشقة.

---

(١) «المسوّدة في أصول الفقه» لابن تيمية ص ٥، «الإحكام» لابن حزم ج ٣ ص ٢٦٣، «شرح مسلم الثبوت» ج ١ ص ٣٧٣ - ٣٧٤، «إرشاد الفحول» ص ٩٥ «التلويح» ص ١٥٣ - ١٥٤ «كشف الأسرار» ج ١ ص ١٠٦ وما بعدها. «حاشية» الإزميرى، والآمدى ج ٢ ص ٢٠٧ - ٢١٢ وما بعدها. «شرح المنار» ص ١٢٣ وما بعدها. ويلاحظ هنا: ان اختلاف العلماء في ما وضع له الامر حقيقة ادى الى اختلاف واسع في فهم النصوص، ولو جعلنا القاعدة هي دلالة الامر على الوجوب وضعا لكان الاختلاف يضيق الى حد كبير ولكن لا يزول، لان الاخذ بهذه القاعدة لا يعني اهدار القرائن الصارفة عن الوجوب، وحيث ان الافهام والانظار تختلف في الوقوف على القرينة الصارفة عن الوجوب وفي اعتبارها والاعتداد بها وفي المعنى الذي تدل عليه فان الاختلاف في تفسير النصوص واستنباط الاحكام يبقى ولكن على نطاق ضيق.

٣ ـ استدلال السلف من الصحابة والتابعين بصيغة الأمر على الوجوب إلا لقرينة في وقائع لا تحصى ، سواء كان الأمر مصدره النص القرآني أو النص النبوي ، وقد شاع فيهم هذا الاستدلال بدون نكير، فدلّ ذلك على إجماعهم على أن الأمر المطلق يفيد الوجوب وطلب المأمور به على وجه الحتم والإلزام لا الندب .

٤ ـ إن الوجوب هو المتبادر إلى الذهن من الأوامر المجردة عن القرائن الصارفة عنه إلى غيره .

٥ ـ اتفاق أهل اللغة على أن من أراد طلب الفعل مع المنع من تركه فإنه يطلب بصيغة الأمر. فدل ذلك على أن الأمر وضع لطلب الفعل جزماً وهو الوجوب . يوضحه أن الأمر من تصاريف الأفعال ، وكلها وضعت لمعان مخصوصة كسائر الكلمات من الأسماء والحروف : كرجل وزيد ، لأن الغرض من وضع الكلام إفهام المراد للسامع ، فإذا كان المقصود إيجاد الفعل من المخاطب على وجه الحتم والإلزام ، لم يكن ذلك إلا بصيغة الأمر، فدل على أن الأمر وضع في الأصل للدلالة على هذا المعنى ، وإفادته للسامع .

٦ ـ وصف أهل اللغة من خالف الأمر بالعصيان ، والعصيان اسم ذم ، ولا يتأتى في غير الوجوب .

٢٧٠ ـ الأمر بعد النهي :

اختلف القائلون بأن الأمر للوجوب ، في حكم الأمر بالشيء بعد النهي عنه وتحريمه ؛ فذهب الحنابلة وهو قول مالك وأصحابه وظاهر قول الشافعي : إلى أنه يدل على الإباحة ولا شيء أكثر من الإباحة مستدلين بأنه ورد هكذا في نصوص كثيرة ، مثل قوله تعالى : ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢] فقد ورد هذا الأمر «فاصْطَادُوا» بعد تحريم الاصطياد بقوله تعالى : ﴿غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ١] والاتفاق على أن الأمر بالاصطياد يدل على الإباحة فقط ، ولا يدل على الوجوب . ومثل قوله تعالى : ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللهِ﴾ [الجمعة: ١٠] وهذا النص ورد بعد تحريم البيع عند النداء لصلاة

الجمعة ، والابتغاء من فضل الله ، يعني : الكسب والبيع وسائر التجارات ، وهو مباح هنا باتفاق العلماء ولو أنه ورد بعد التحريم .

وذهب آخرون ومنهم عامة الحنفية : على أن الأمر بعد الحظر والتحريم يفيد الوجوب ، كما لو ورد الأمر بشيء دون سبق تحريمه . واستدل أصحاب هذا القول بأن الأدلة الدالة على الوجوب لا تفرق بين أمر ورد بعد التحريم ، وبين أمر غير مسبوق بالتحريم .

أما ما استدل به أصحاب القول الأول فغير وارد ، لأن الابتغاء من فضل الله ، والاصطياد ونحوهما مما شرع لمصلحتنا ، فكان ذلك قرينة صارفة عن الوجوب إلى الإباحة ، لأنه لو كان ذلك واجباً لكان علينا لا لنا وَلَأَثِمْنَا بتركه ، فيعود على موضوعه بالنقض وهذا لا يجوز . فالأمر المجرد عن القرائن يدل على الوجوب ، سواء سبقه نهي أو لم يسبقه ، فإذا اقترنت به قرينة انصرف إلى المعنى الذي تدل عليه القرينة ، ولا خلاف في هذا .

وذهب بعض الحنابلة وهو اختيار الكمال بن الهمام من الحنفية : أن الأمر بعد الحظر يرفع الحظر ، ويعيد حال الفعل المأمور به إلى ما كان عليه قبل الحظر ، فإن كان مباحاً كان مباحاً ، وإن كان واجباً أو مستحباً كان كذلك(١) .

ويبدو لي أن القول الأخير أدنى للقبول ، ويدل عليه استقراء النصوص التي وردت فيها الأوامر بعد النواهي ، فالاصطياد كان مباحاً قبل التحريم ، فلما جاء الأمر به بعد زوال سبب التحريم عاد إلى الإباحة . والكسب بأسبابه كان مباحاً قبل النهي عنه عند سماع نداء الصلاة للجمعة ، فلما جاء الأمر به بعد زوال المانع عاد إلى الإباحة . والقتال في غير أشهر الحرم كان واجباً على المسلمين ، فلما جاء النهي عنه في أشهر الحرم صار حراماً ، ثم لما جاء الأمر بالقتال بعد انتهاء الأشهر الحرم عاد حكم القتال إلى الوجوب كما كان قبل التحريم .

---

(١) «شرح مسلم الثبوت» ١ ج ص ٣٨٠ ، الآمدي ج ٣ ص ٢٦٠ - ٢٦٢ «المسوَّدة في أصول الفقه» لآل تيمية ص ١٨ .

٢٧١ ـ دلالة الأمر على التكرار:

التكرار: هو أن تفعل فعلاً ثم تعود إليه فهل يقتضي الأمر إيجاد المأمور به على وجه التكرار، أي فعله المرة بعد المرة، أم لا؟

المختار من الأقوال في هذا الصدد: أن الأمر لا يدل على التكرار، لأن صيغة الأمر لا تدل إلا على مطلق طلب الفعل من غير إشعار بوحدة أو تكرر، إذ هي موضوعة لهذا المعنى فتكرار المأمور به أو إيقاعه مرة واحدة خارج عن ماهية صيغة الأمر ولا دلالة فيها على واحد منها حسب الوضع. ولكن لما كان تحصيل المأمور به لا يمكن بأقل من مرة واحدة صارت المرة الواحدة ضرورية للإتيان بالمأمور به، لا أن الصيغة بذاتها تدل عليها(١).

وعلى هذا فالأمر المطلق يدل على مجرد طلب إيقاع الفعل المأمور به، ويكفي للامتثال إيقاعه مرة واحدة، إلا إذا اقترن به ما يدل على إرادة التكرار كأن يعلق الأمر على شرط، أو على صفة، اعتبرهما الشارع سبباً للمأمور به، مثل: تعليق الأمر بالوضوء على إرادة الصلاة في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ [المائدة: ٦]، فتكرار الوضوء مستند إلى تكرار سببه وهي إرادة الصلاة لا إلى الأمر. ومثل قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]، فالأمر بإيقاع الجلد على الزاني يستند إلى تحقق علته وهي الزنى، فكلما تكرر الزنى تكرر الجلد، فالتكرار هنا مبني على تكرر علة الجلد، لا إلى الأمر بالجلد(٢).

وإزاء هذا القول المختار قيلت أقوال أخرى، منها: إن الأمر يقتضي التكرار المستوعب لمدة العمر مع الإمكان، إلا إذا قام دليل يمنع من ذلك. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وأكثر الحنابلة، وادعوا أن هذا هو المفهوم لغة من صيغة الأمر،

---

(١) «المسودة» ص ٢٠، «الإحكام» لابن حزم ج ٣ ص ٣١٨، «لطائف الإشارات» ص ٢٤ والآمدي ج ٢ ص ٢٢٥ وما بعدها، وقال بعضهم: ان صيغة الامر بذاتها تدل على اتيان المأمور به مرة واحدة، الشوكاني ص ٩٧.

(٢) الآمدي ج ٢ ص ٢٢٥ـ ٢٣٦ والشوكاني ص ٩٧.

بدليل ما روي أن النبي عليه السلام قال: «أيها النَّاس إن الله كَتَبَ عليكُم الحَجَّ» فقام رجل من المسلمين، وقال: أفي كل عام يا رسول الله؟ فقال عليه السلام: لو قُلْتُها لوجَبَت، ولو وَجَبَت لَمْ تعملوا بها ولم تستطيعوا، إن الحج مرة وما زاد فتطوع.

ووجه الدلالة بهذا الخبر أن السائل كان عارفاً باللغة العربية، فلو لم يكن الأمر مقتضياً للتكرار لغة لما سأل ذلك الرجل هذا السؤال، ولخطأه الرسول ﷺ(١).

والحق أن هذا الاستدلال ضعيف، ولا ينهض حجة لما ذهبوا إليه، إذ يمكن أن يقول: إن هذا الخبر يدل على عكس ما ذهبوا إليه، لأنه لو كان الأمر يدل على التكرار لغة فلم سأل هذا السؤال؟ ألا يدل سؤاله على أن المفهوم لغة من الأمر هو مجرد طلب الفعل لا تكراره، فأراد أن يتأكد من بقاء هذا المفهوم بالنسبة للحج أو إلحاقه بالعبادات المتكررة كالصلاة والزكاة؟ يوضحه أن بعض العبادات كالصلام والصيام والزكاة تتكرر بتكرر الأوقات. والحج متعلق بالزمان والمكان فكان له شبه بالعبادات المتكررة، فاستشكل عليه الأمر، أيلحق بها باعتبار تعلقه بالزمان، أو لا يلحق بها باعتبار تعلقه بالمكان؟ ولهذا سأل الرسول ﷺ دفعاً لهذا الإشكال.

٢٧٢ ـ دلالة الأمر على الفورية أو التراخي(٢):

هل يدل الأمر على فعل المأمور به فورا أو على التراخي؟ اختلاف عند الفقهاء، فالقائلون بالتكرار، يقولون بالفور. وأما غيرهم فيقولون: الأمر إما مقيد بوقت، وإما غير مقيد بوقت.

والأول إما أن يكون مقيداً بوقت موسع أو مضيق. فالموسع يجوز فيه التأخير إلى آخر الوقت، أي يجوز تأخير أداء الواجب إلى آخر الوقت، والمضيق لا يحتمل التأخير.

وأما غير المقيد بوقت محدد كالأمر بالكفارات، فهو لمجرد طلب الفعل في المستقبل، فيجوز التأخير، أي إتيان المأمور به على التراخي كما يجوز إتيانه فوراً.

---

(١) «شرح المنار» ص ١٣٦ وما بعدها. «شرح مسلم الثبوت» ص ٣٨٤. «المسوَّدة» ص ٢٠.

(٢) «لطائف الإرشادات» ص ٢٤، «الإحكام» لابن حزم ج ٣ ص ٢٩٤ «ارشاد الفحول» ص ٨، الآمدي ج ٢ ص ٢٤٢ وما بعدها.

وهذا هو الصحيح عند الحنفية والجعفرية ومن وافقهم، وهو الراجح عندنا، لأن صيغة الأمر لا تدل إلا على مجرد الطلب في الزمان المستقبل في أي جزء منه، وإنما تستفاد الفورية من القرينة، كقول القائل لخادمه: اسقني ماء، فإن العادة قاضية بأن طلب السقي لا يكون إلا عند الحاجة ولحوق العطش، فيكون الأمر دالاً على الفورية في هذه الحالة للقرينة.

ومع أن الأمر للتراخي لا للفور، فإن المسارعة إلى أداء الواجب خير من التأخير، لأن في التأخير آفات، وربما يلحق الإنسان الموت قبل أداء الواجب، لأن الآجال مجهولة وهي بيد الله، ولهذا المعنى تستحب الفورية. قال تعالى: ﴿فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعاً فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾ [المائدة: ٤٨] وقال تعالى: ﴿وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [آل عمران: ١٣٣] فلفظ «فاستبقوا» و «سارعوا» تدلان على استحباب المبادرة إلى أداء الواجب، ولا تدلان على الوجوب، لأنه لا يقال لمن يأتي بالواجب في وقته: مستبق أو مسارع(١).

٢٧٣ ـ ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب(٢):

علمنا مما تقدم: أن الأمر يفيد الوجوب، أي إيجاد الفعل المأمور به على وجه الحتم والإلزام، وصيرورة هذا الفعل واجباً في حق المخاطب. ولكن إيجاد الفعل المأمور به، أي الواجب، قد يتوقف على إيجاد شيء آخر، فهل يكون هذا الشيء واجباً أيضاً بنفس الأمر الأول الذي أثبت أصل الواجب، أم لا؟ للجواب على هذا السؤال لا بد من شيء من التفصيل، فنقول: الشيء الذي يتوقف عليه إيجاد الواجب قسمان:

القسم الأول: أن لا يكون مقدوراً للمكلف، مثل: الاستطاعة لأداء واجب الحج، والنصاب للزكاة، وتكامل العدد اللازم لأداء صلاة الجمعة، ونحو ذلك. فهذا القسم لا يكلف به الإنسان ولا يتناوله الأمر، فلا يجب على المكلف تحصيل

---

(١) «شرح مسلم الثبوت» ج ١ ص ٢٨٨ ـ ٢٨٩، «شرح المنار» ص ٢٢٢ وما بعدها.

(٢) «تيسير التحرير» ج ٢ ص ٣٦٥ وما بعدها، «المستصفى» للغزالي ج ١ ص ٧١ ـ ٧٢، «المسودة في أصول الفقه» ص ٦٥.

الاستطاعة ليؤدي الحج ، ولا تحصيل النصاب ليؤدي الزكاة ، ولا إيجاد العدد المطلوب لصحة أداء الجمعة .

القسم الثاني : أن يكون الشيء مقدوراً للمكلف وهو نوعان :

النوع الأول : ما ورد في وجوبه أمر خاص ، وهذا لا كلام لنا فيه ، ولا يدخل في موضوع تساؤلنا ، ولا هو مقصود بحثنا هنا . ومن هذا النوع : الوضوء للصلاة ، فإنه واجب على المكلف بأمر مستقل ، لا بقوله تعالى : ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ ، وهذا الأمر المستقل هو قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُؤُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾ [المائدة : ٦] .

النوع الثاني : ما يتوقف عليه أداء الواجب ، ولم يرد بوجوبه أمر خاص .

وهذا هو المقصود بسؤالنا الذي قدمنا . وقد قرر الأصوليون أن هذا النوع يكون واجباً بنفس الأمر الأول الذي ثبت به أصل الواجب . والأمثلة على ذلك كثيرة :

الأمر بالحج يقتضي السفر إلى مكة لأداء هذا الواجب ، فيكون هذا السفر واجباً بنفس الأمر بالحج ، لأن واجب الحج لا يتم أداؤه إلا بهذا السفر . والأمر بأداء الصلاة جماعة ـ على قول القائلين بالوجوب ـ لا يتم إلا بالسعي إلى المساجد ، فيكون هذا السعي واجباً بنفس الأمر بأداء الصلاة جماعة . والأمر بإعداد القوة الكافية من قبل الأمة ، الثابت بقوله تعالى : ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ﴾ [الأنفال : ٦٠] لا يتم إلا بتعلم العلوم الحديثة التي استجدت في مجال الصناعة والكيمياء والفيزياء ونحوها ، فيكون تعلم هذه العلوم واجباً على الكفاية بنفس الأمر القاضي بإعداد القوة . والأمر بإقامة العدل بين الناس ودفع الظلم عنهم يقتضي تعيين القضاة للقيام بواجب إقامة العدل ، فتعيين القضاة واجب بنفس الأمر القاضي بإقامة العدل . . هكذا .

ويخلص لنا مما تقدم : أن الأمر بواجب أمر بالشيء الذي يتوقف عليه أداء هذا الواجب إذا لم يأت به أمر خاص .

الفرع الثالث

النهي

٢٧٤ ـ النهي في اللغة: المنع، وسمي العقل نهية: لأنه ينهى صاحبه عن الوقوع فيما يخالف الحق والصواب.

وفي الاصطلاح: طلب الكف عن الفعل على جهة الاستعلاء، بالصيغة الدالة عليه.

ومن صيغ النهي: الصيغة المشهورة «لا تفعل»، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَى﴾ [الإسراء: ٣٢]. ومنها نفي الحل، كقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾. والتعبير بلفظ يدل بمادته على النهي والتحريم، كقوله تعالى: ﴿وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾ [النحل: ٩٠] وقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ..﴾ [النساء: ٢٣] الآية.

وقد يأتي النهي باستعمال صيغة الأمر الدالة على النهي، مثل قوله تعالى: ﴿وَذَرُوا ظَاهِرَ الْإِثْمِ وَبَاطِنَهُ﴾ [الأنعام: ١٢٠].

٢٧٥ ـ موجب النهي(١):

صيغة النهي استعملت في عدة معان: كالتحريم والكراهة، والدعاء، والتأييس، والإرشاد، وغيرها، فمن الأول: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [الأنعام: ١٥١، الإسراء: ٣٣]. ومن الثاني: قول النبي ﷺ: «لا تصلّوا في مبارك الإبل». ومن الثالث: قوله تعالى: ﴿رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا﴾ [آل عمران: ٨]. ومن الرابع: قوله تعالى: ﴿لَا تَعْتَذِرُوا الْيَوْمَ﴾ [التحريم: ٧]. ومن

---

(١) «منهاج الوصول إلى علم الأصول» للبيضاوي ص ٤٩، «المسودة» ص ٨٢، «إرشاد الفحول» ص ٩٦، الآمدي ج ٢ ص ٢٧٤ ـ ٢٧٥.

الخامس: قوله تعالى: ﴿لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِنْ تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ﴾ [المائدة: ١٠١].

ولاختلاف المعاني التي يستعمل فيها النهي، اختلف العلماء في معناه الحقيقي، أي في موجبه أي في حكمه، أي فيما يدل عليه النهي إذا تجرد عن القرائن. فقال قوم: إنه يدل على الكراهة، وهذا هو معناه الحقيقي، ولا يدل على غيرها إلا بقرينة، وقال آخرون: إنه مشترك بين الكراهة والتحريم، وهذا هو أصل معناه، والقرينة هي التي تصرفه إلى واحد منهما. وقال الجمهور: إن موجب النهي هو التحريم، فهذا هو معناه الحقيقي الذي وضع له، ولا يستعمل في غيره إلا على سبيل المجاز، والقرينة هي التي تدل على إرادة هذا المجاز، أما لو تجرد عن القرائن، فيفهم منه التحريم لا غير. وقول الجمهور هو الراجح، فصيغة النهي، وضعت لتدل على طلب الكف عن الفعل جزماً، والعقل يفهم الحتم من صيغة النهي المجردة عن القرينة، ولا معنى للتحريم إلا هذا، يؤيده أن السلف كانوا يستدلون بصيغة النهي المجردة على التحريم.

٢٧٦ - هل يقتضي النهي الفور والتكرار(١)؟

ذهب البعض إلى أن النهي لا يدل بصيغته على الفور والتكرار، لأن طبيعته لا تستلزم ذلك، وإنما يجيء ذلك من أمر خارج عن الصيغة، أي بالقرينة الدالة على الفور والتكرار.

وذهب البعض: إلى إن النهي، في أصله، يفيد الفور والتكرار، تكرار الكف، واستدامته في جميع الأزمنة، كما يقتضي ترك الفعل فوراً، أي في الحال، فإذا نهى الشارع عن شيء فعلى المكلف الكف عنه حالاً ودائماً، لأن الامتثال في باب النهي لا يتحقق الا بالمبادرة الى الامتناع عن الفعل حالاً، والاستمرار على هذا الامتناع. وأيضاً فإن الفعل إنما نهى الشارع عنه لمفسدته، ولا يمكن درء هذه المفسدة إلا بالامتناع عنه حالاً ودائماً، وهذا ما نرجحه.

---

(١) «المسودة» ص ٨١، «لطائف الإشارات» ص ٢٥، الامدي ج ٢ ص ٢٨٤ وما بعدها.

٢٧٧ - هل يقتضي النهي فساد المنهي عنه(١)؟

النهي كما قلنا، على الراجح من الأقوال، يفيد التحريم، إذ تجردت صيغته من القرائن، فلا يجوز للمكلف فعل المنهي عنه وإلا لحقه الإثم والعقاب في الآخرة، وهذا جزاء أخروي. ولكن هل يقتضي النهي فساد المنهي عنه إذا كان من العبادات والمعاملات، فلا تتعلق بها الآثار الشرعية المقررة لها لو كانت وقعت صحيحة؟ اختلف العلماء في هذه المسألة، ونحن نوجز خلاصة أقوالهم فيما يلي:

أولاً: إذا انصب النهي على ما يؤثر في حقيقة الفعل وكيانه الشرعي، كما لو ورد النهي عن بيع الجنين في بطن أمه، أو بيع المعدوم، أو عن الصلاة بلا وضوء، أو نكاح الأمهات، فإن النهي في هذه الحالة، يقتضي فساد المنهي عنه وبطلانه واعتباره كأن لم يكن، فهو والمعدوم سواء، والمعدوم لا يترتب عليه الأثر المقرر له شرعاً لو كان قد وجد صحيحاً. وهذا النوع من المنهي عنه هو ما يعبر عنه بعض العلماء بقولهم: هو ما نهى عنه الشارع لعينه، أي لذات الفعل أو لجزئه.

ثانياً: إذا كان النهي غير متوجه إلى ذات الشيء، وإنما إلى أمر مقارن أو مجاور له ولكنه غير لازم للفعل، كالنهي عن البيع وقت الأذان لصلاة الجمعة، وكالصلاة في الأرض المغصوبة، فإن أثر النهي هنا، هو كراهة الفعل، لا فساده وبطلانه، بمعنى: أن الفعل تترتب عليه آثاره المقررة شرعاً، مع لحوق الكراهة به لنهي الشارع عنه. وهذا هو قول جمهور الفقهاء، وذهب قليل منهم، كالظاهرية، إلى فساد الفعل في هذه الحالة، لأن النهي عندهم يقتضي الفساد، سواء كان وروده لذات الشيء وما به قوامه، أو لأمر مقارن له.

ثالثاً: إذا كان النهي، في حقيقته، يلاقي بعض أوصاف الفعل اللازمة له، أي بعض شروط وجوده، ولا يتجه إلى ذات الفعل وحقيقته، كما في النهي عن البيع بثمن آجل مع جهالة الأجل، وكالبيع بشرط فاسد، وكالصوم في يوم

(١) «لطائف الإشارات» ص ٢٥ - ٢٦، «إرشاد الفحول» ص٩٨، الآمدي ج ٢ ص ٢٧٥ وما بعدها

عيد، فالجمهور يذهبون إلى فساد الفعل وبطلانه، والحنفية يفصلون، فيقولون بفساد وبطلان الفعل إن كان من العبادات، وبالفساد لا البطلان إن كان من المعاملات، والفاسد عندهم تترتب عليه بعض الآثار، بعكس الباطل إذ لا يترتب عليه أثر ما. وحجتهم في ذلك: أن العبادة وضعت للاختبار والامتثال والطاعة ابتغاء رضوان الله، ولا سبيل لهذا كله إلا بإيقاعها كما أمر الشارع، ولا يتحقق هذا الإيقاع المطلوب إلا إذا لم تحصل فيه مخالفة لا في ذاته ولا في وصفه، ومن ثم كان الفساد في العبادات كالبطلان فيها، فالفاسد هو الباطل عندهم في العبادات.

أما المعاملات، فالمقصود بها تحقيق مصالح العباد، وآثارها تتوقف على أركانها وشروطها، فإذا تحققت هذه الأركان فقد وجد الشيء، وثبت له كيانه. إلا أن هذا الكيان قد يكون كاملاً إذا وجدت أوصافه كافة، وفي هذه الحالة يكون صحيحاً. وقد يكون كيانه مختلاً، مع وجوده، لفوات بعض أوصافه، وفي هذه الحالة قد تتحقق به مصلحة ما، فيجب أن تترتب عليه بعض الآثار، وهذا هو الفاسد، فهو مرتبة بين الباطل والصحيح.

فكأنّ الحنفية أعطوا للفعل ما يستحق من رعاية بناء على وجود كيانه، وأعطوا النهي حقه نظراً لفوات بعض أوصاف الفعل، فقالوا بالفساد، لا البطلان.

ويقول الشوكاني: «والحق أن كل نهي من غير فرق بين العبادات والمعاملات يقتضي تحريم المنهي عنه وفساده المرادف للبطلان اقتضاء شرعياً، ولا يخرج عن ذلك إلا ما قام الدليل على عدم اقتضائه لذلك. ومما يستدل به قوله ﷺ: «كل أمر ليس عليه أمرنا فهو رد»، والمنهي عنه ليس عليه أمرنا فهو رد، وما كان مردوداً فهو باطل، وهذا هو المراد بكون النهي مقتضياً للفساد»(١).

(١) «إرشاد الفحول» ص ٩٧-٩٨.

المطلب الثاني

العام

٢٧٨ ـ تعريف العام:

العام في اللغة: الشامل المتعدد، ومنه قولهم. عمّهم الخير، أي شملهم.

وفي الاصطلاح: لفظ يستغرق جميع ما يصلح له، بوضع واحد دفعة واحدة من غير حصر(١).

ومعنى هذا: أن العام لفظ وضع في اللغة وضعاً واحداً لا متعدداً، لشمول جميع أفراد مفهومه، أي لجميع الأفراد التي يصدق عليها معناه، من غير حصر بعدد معين، أي من غير أن يكون في اللفظ دلالة على انحصاره بعدد معين، وإن كان في الخارج والواقع محصوراً، كالسموات مثلاً، وكعلماء البلد.

فكلمة «الرجال» لفظ عام، لأنه وضع في اللغة وضعاً واحداً للدلالة على شمول جميع الآحاد التي يصدق عليها معنى هذا اللفظ، وبدفعة واحدة(٢).

٢٧٩ ـ ألفاظ العموم(٣):

الألفاظ الدالة على العموم كثيرة، من أشهرها ما يلي:

أولاً: لفظ «كل وجميع». وهما يفيدان العموم فيما يضافان إليه، مثل قوله تعالى:

---

(١) البيضاوي ص ٥٠، المحلاوي ص ٣٦، «المسودة» ص٥٧٤، الآمدي ج ٢ ص ٢٨٦-٢٨٧.

(٢) ومن تعريف العام يتبين الفرق بينه وبين المطلق، فالعام يشمل كل فرد من افراده دفعة واحدة بينما المطلق لا يتناول ولا يشمل دفعة واحدة الا فردا شائعا او أفرادا شائعة لا جميع الأفراد.

(٣) المحلاوي ص ٦٥ وما بعدها «المسودة» ص ٨٩.

﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ﴾، وقوله تعالى: ﴿كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «كل راعٍ مسؤول عن رعيته».

ثانياً: الجمع المعرف بأل للاستغراق، او بالإضافه.

فمن الأول: قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ﴾ [النساء: ٧] و ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فألفاظ الجموع الواردة في هذه النصوص، تفيد استغراق أفرادها. أما الجموع المنكرة مثل: مسلمين، رجال، فإنها لا تفيد العموم، وإنما تحمل على أقل الجمع وهو ثلاثة[١].

ومن المعرف بالإضافة: قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣] ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١]. ولا يهم كون الجمع، جمع مذكر سالم، أو مؤنث سالم، أو تكسير، فكلها من ألفاظ العموم إذا ما عرفت بأل الاستغراق أو بالاضافة.

ثالثاً: المفرد المعرف بأل المفيدة للاستغراق، مثل قوله تعالى: ﴿وَالْعَصْرِ إِنَّ الإِنْسَانَ لَفِي خُسْرٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَاصَوْا بِالصَّبْرِ﴾ [العصر: ١ - ٣]، فلفظ الإنسان هنا يشمل جميع أفراد الإنسان.

ومنه أيضاً قول الله جل جلاله: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] وقول النبي ﷺ: «مطل الغني ظلم».

ويلاحظ هنا: أن المفرد المعرف بأل، إنما يكون من ألفاظ العموم، إذا لم

(١) «المسودة» ص ١٠٥.

تكن «أل» للعهد أو للجنس، فإذا كانت لواحد منهما، لم يكن اللفظ من ألفاظ العموم، فمن «أل» العهدية كلمة «الرسول» في قوله تعالى: ﴿كَمَا أَرْسَلْنَا إِلَى فِرْعَوْنَ رَسُولاً فعصى فِرْعَوْنُ الرَّسُولَ﴾ [المزمّل: ١٥، ١٦] ومن «أل» الجنسية، لفظ الرجل والمرأة في قول القائل: «الرجل خير من المرأة»، أي إن جنس الرجل خير من جنس المرأة، فلا تفيد كلمة الرجل ولا المرأة العموم، فالتفضيل هنا منصب على الجملة، فهو تفضيل جملة على جملة، لا تفضيل فرد على فرد.

رابعاً- المفرد المعرف بالإضافة:

مثل قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَةَ اللهِ لاَ تُحْصُوهَا﴾ [إبراهيم: ٣٤، النحل: ١٨] وقول النبي الكريم ﷺ: «هو الطهور ماؤه الحلُّ مَيْتَتُه»، يدل على حل ميتة البحر بجميع أنواعها.

خامساً: الأسماء الموصولة كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً﴾ [النساء: ١٠] ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] فكلمة «ما» تشمل كل ما عدا المحرمات المذكورة قبل هذه الآية.

وقوله تعالى: ﴿مَا عِنْدَكُمْ يَنْفَدُ وَمَا عِنْدَ اللهِ بَاقٍ﴾ [النحل: ٩٦] ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ﴾ [الطلاق: ٤] ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢] ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤].

سادساً: أسماء الاستفهام مثل (من) كقوله تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللهَ قَرْضاً حَسَناً﴾ [البقرة: ٢٤٥، الحديد: ١١].

سابعاً: أسماء الشرط، مثل: من، وما، وأين. مثل قوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥] ﴿وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ يَعْلَمْهُ اللهُ﴾ [البقرة:

١٩٧] ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا﴾ [النساء: ٩٣] ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرّاً يَرَهُ﴾ [الزلزلة: ٧ ، ٨] ، ﴿أَيْنَمَا تَكُونُوا يُدْرِككُّمُ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي بُرُوجٍ مُشَيَّدَةٍ﴾ [النساء: ٧٨].

ثامناً: النكرة الواردة في سياق النفي أو النهي، مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تُصَلِّ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمْ مَاتَ أَبَداً﴾ [التوبة: ٨٤] وقال النبي ﷺ: «لا يقتل والدٌ بولده» و«لا وصية لوارث» و«لا ضرر ولا ضرار». وهي تفيد العموم ظاهراً إذا لم يكن فيها حرف (من)، فإن دخل عليها حرف (من) أفادته قطعاً ولم تحتمل التأويل، كقولك: ما رأيت من رجل، وما جاءني من أحد[١].

أما النكرة الواردة في سياق الإثبات فليست من ألفاظ العموم، كقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً﴾ [البقرة: ٦٧] وقد تدل على العموم بقرينة كقوله تعالى في نعيم الجنة وأهلها: ﴿لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُمْ مَا يَدَّعُونَ﴾ [يس: ٥٧] فالفاكهة، هنا تشمل جميع أنواعها، بقرينة الامتنان على العباد. وكذلك تدل على العموم إذا كانت في سياق الشرط مثل: من يأتني بأسير فله دينار. فهذا يعم كل أسير[١].

٢٨٠ ـ دخول الإناث في خطاب الذكور:

ويلاحظ هنا: أن ألفاظ الجموع من حيث دلالتها على الذكور والإناث، أقسام:

فمنها: ما يختص بالدلالة على الذكور دون النساء، وبالعكس، إلا بدليل خارج عن اللفظ، كلفظ «رجال» خاص بالذكور، ولفظ «النساء» خاص بالإناث، ولا ينصرف أحدهما إلى معنى الآخر إلا بدليل خارج عن اللفظ.

ومنها: ما يشمل الذكور والإناث بحسب وضعه، وهو الذي لم تظهر فيه علامة تذكير ولا تأنيث: كالناس، والإنس، والبشر.

(١) «المسودة» ص ١٠٣.

ومنها: ما يشملها بأصل وضعه ولا يختص بأحدهما إلا ببيان، وذلك نحو: ما ومن.

ومنها: ما يستعمل بعلامة التأنيث في جمع المؤنث السالم مثل: مسلمات، وبعلامة التذكير في جمع المذكر السالم، مثل: مسلمون. وكاستعمال الواو في جموع التذكير، والنون في جمع الإناث، فمن الأول: فعلوا، ومن الثاني: فعلن، فهل تشمل هذه الجموع الصنفين من الذكور والإناث، أو يختص كل جمع بما تدل عليه علامته؟

ذهب الجمهور إلى الاختصاص، فلا يدخل النساء فيما هو للذكور إلا بدليل، كما لا يدخل الرجال فيما هو للنساء إلا بدليل، لأن الأسماء وضعت للدلالة على مسمياتها، فحصل بهذا الوضع تمييز كل نوع عن غيره، ولكن قد تقوم قرائن تقتضي دخول الإناث في جمع المذكر، كما في قرينة عموم التشريع للجميع، وقد لا تقوم قرينة ومع ذلك تلحق الإناث بالذكور على سبيل التغليب، كما في قوله تعالى: ﴿قُلْنَا اهْبِطُوا مِنْهَا جَمِيعاً﴾ [البقرة: ٣٨].

وقال البعض: إن جموع المذكر تشمل الإناث بالوضع.

وقول الجمهور هو الراجح الذي ينبغي المصير إليه(١).

٢٨١ ـ أقل الجمع:

اختلف العلماء في أقل الجمع: هل هو اثنان أو ثلاثة؟ قال الجمهور: إنه اثنان، وعلى هذا يصح إطلاق لفظ الجمع على الاثنين على وجه الحقيقة لا المجاز، وقال البعض: إنه ثلاثة، فلا يطلق على الاثنين إلا على وجه المجاز. واحتج كل فريق بجملة أدلة، والراجح هو قول الجمهور(٢).

٢٨٢ ـ دخول النبي ﷺ في خطاب أمته:

هل يدخل النبي ﷺ في عموم الخطابات القرآنية، مثل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ

---

(١) «المسودة» ص ٤٩، الآمدي ج ٢ ص ٣٨٦ـ٣٩٢، «إرشاد الفحول» ص ١١٢.

(٢) انظر ادلة الفريقين في كتاب «الإحكام» للآمدي ج ٢ ص ٣٢٤ـ٣٣٥.

آمَنُوا﴾ ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ﴾ ﴿يَا عِبَادِي﴾ ؟ قال الجمهور بالإيجاب، وقال البعض بالنفي.

والراجح قول الجمهور، لأن هذه الصيغ عامة لكل إنسان ولكل مؤمن، وهو صلى الله عليه وسلم سيد الناس وسيد المؤمنين، فلا يخرج منها إلا بدليل[1].

٢٨٣ ـ تخصيص العام[2]:

قلنا: إن العام يستغرق جميع أفراد مفهومه، وإن الحكم المتعلق به يثبت لكل أفراده. ولكن قد يقوم الدليل على أن مراد الشارع من العام ابتداء ليس هو العموم، أي ليس هو استغراق جمع أفراد مفهومه، ولا ثبوت الحكم لجميع أفراده، وإنما مراده ابتداء بعض أفراد العام، وثبوت الحكم لهذا البعض وهذا هو المقصود بتخصيص العام. فالتخصيص، إذن، هو قصر العام على بعض مسمياته، أي أفراده، والدليل الذي دل عليه يسمى «المخصص». وقد اشترط البعض كالحنفية في المخصص أن يكون مقارناً للعام، ومستقلاً عن الكلام الذي ورد فيه، فإن لم يكن مقارناً للعام كان ناسخاً لا مخصصاً، وكذلك إن لم يكن مستقلاً عن لفظ العام، كالاستثناء، لا يسمى: مخصصاً، وإنما يسمى: صرف العموم به عن عمومه، وقصره على بعض أفراده قصراً، وهو دليل القصر.

ولكن الجمهور، لم يشترطوا في المخصص ما اشترطه الحنفية فيه، فعندهم قد يكون التخصيص بدليل مستقل أو غير مستقل، مقارن للنص العام أو غير مقارن له، ولكن بشرط أن لا يتأخر وروده عن وقت العمل به، وإلا عد ناسخاً لا مخصصاً[3].

---

(١) الآمدي ج ٢ ص ٣٩٧ـ٣٩٩.

(٢) «كشف الأسرار» ج ١ ص ٣٠٦، «شرح مسلم الثبوت» ج ١ ص ٣٠٠، المحلاوي ص ٧٢، الآمدي ج ٢ ص ٤٠٧ وما بعدها.

(٣) من الفروق بين النسخ والتخصيص، ان النسخ رفع للحكم بعد ثبوته، والتخصيص بيان ما قصد باللفظ العام. والتخصيص لا يكون الا لبعض الافراد بخلاف النسخ فانه يكون لكل الافراد «ارشاد الفحول» ص ١٢٥

ونذكر فيما يلي دليل التخصيص على قول غير الحنفية، وهو قول الجمهور:

٢٨٤ ـ دليل التخصيص: (١):

أدلة تخصيص العام نوعان: متصل، ومنفصل؛ أما المتصل: فهو ما لا يستقل بنفسه، بل يكون مذكورا مع العام، ويتعلق معناه باللفظ الذي قبله، ويكون جزءاً من الكلام الذي اشتمل على اللفظ العام. أما المنفصل: فهو ما يستقل بنفسه ولا يكون جزءاً من الكلام الذي اشتمل على اللفظ العام.

٢٨٥ ـ المخصص المنفصل، أي المستقل:

وهو أربعة أنواع: الأول: الكلام المستقل المتصل بالعام. الثاني: الكلام المستقل المنفصل عن العام. الثالث: العقل. الرابع: العرف.

أولاً: الكلام المستقل المتصل بالعام:

ومعنى «مستقل» أي تام بنفسه. ومعنى متصل بالعام أي مذكور معه بأن يأتي عقبه.

ومثاله: قوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥] فالعموم الوارد فيه يشمل كل من حضر شهر الصوم، فيجب عليه صيامه، ولكن خص هذا العموم بمن عدا المريض والمسافر بدليل ما جاء بعده من كلام مستقل متصل به، وهو قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ مَرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ فالمريض والمسافر غير مشمولين بعموم النص القاضي بوجوب الصيام على من شهد الشهر.

ثانياً: الكلام المستقل المنفصل:

وهو الكلام التام بنفسه، ولكنه غير موصول بالنص الوارد فيه اللفظ العام.

ومثاله: قوله تعالى: ﴿والمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة:

---

(١) «الموافقات» للشاطبي ج ٣ ص ١٨١ وما بعدها، «تيسير التحرير» ج ١ ص ٣٧٥ وما بعدها، البيضاوي ص ٥٤ وما بعدها، الآمدي ج ٢ ص ٤١٦ وما بعدها، «شرح مسلم الثبوت» ج ١ ص ٣٠٠ وما بعدها، المحلاوي ص ٧٢، «التوضيح» ج ١ ص ٤٢، «سلم الوصول لعلم الأصول» ص ١٩١.

٢٢٨]، فلفظ «المطلقات» عام يشمل كل مطلقة، مدخول بها أو غير مدخول بها، فتجب عليها العدة بما ذكر من القروء، ولكن هذا العموم خص بالمطلقات المدخول بهن، أي أن النص ينصرف إلى المدخول بهن دون غيرهن، بقوله تعالى ـ وهو المخصص هنا ـ : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩].

ومثله قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: ٣] عام في كل ميتة فيكون حكمها التحريم، ولكن خص بغير ميتة البحر، لقول النبي ﷺ عن البحر: «هو الطَّهُورُ ماؤه، الحِلُّ مَيْتَتُهُ».

ومثاله أيضاً: قوله تعالى، في القذف وعقوبته: وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النور: ٤، ٥]، أفاد هذا النص عموم القاذفين، لأن لفظ «الذين» عام، فيدخل فيه الأزواج وغيرهم إذا قذفوا، كما يدخل في عموم لفظ «المحصنات» زوجات القاذفين وزوجات غيرهم، فيجب حد كل قاذف زوجاً كان أو غير زوج، ولكن هذا العموم المستفاد من هذا النص خص بغير الزوج، بدليل قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَؤُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ [النور: ٦ ـ ٩] فهذا النص خصص عموم النص الأول، وجعله قاصراً على غير الأزواج إذا قذفوا، أما الأزواج إذا قذفوا زوجاتهم فيشملهم ما جاء بالنص المخصص. وهذا على رأي الجمهور، لأنهم لا يشترطون في المخصص أن يكون مقارناً للعام. أما الحنفية، فلا يعتبرون هذا تخصيصاً بل يعتبرونه نسخاً جزئياً، أي إن النص الثاني نسخ من حكم العام ما يتعلق بالأزواج وقذفهم لزوجاتهم، فأبطل حكم العام عنهم، وخصهم بحكم دون غيرهم.

ثالثاً: العقل(١):

وهو يصلح أن يكون دليلاً على تخصيص جميع النصوص المشتملة على تكليفات شرعية، بقصرها على من هم أهل للتكليف دون غيرهم من صغار ومجانين، وقد أيد الشرع دليل العقل، فجعل مناط التكليف البلوغ مع العقل، كما ذكرنا من قبل.

ومثال التخصيص بالعقل، قوله تعالى: ﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾، ونحو ذلك من النصوص العامة في التكليفات الشرعية، كلها خصت بغير الصغار والمجانين، والمخصص هو العقل، والشرع دل على ما دل عليه العقل.

وكذلك النصوص العامة، التي لا تشتمل على تكليفات، ولكن العقل يقضي بتخصيصها، مثاله قوله تعالى: ﴿اللهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ﴾ [الزمر: ٦٢] خاص بما عدا الله جل جلاله، فهو الدائم الباقي غير المخلوق.

وكذلك قوله تعالى: ﴿وَاللهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ فلا تشمل القدرة خلق الله نفسه لما قلناه آنفاً.

رابعاً: العرف(٢):

وهو يصلح أن يكون مخصصاً للفظ العام، وهذا مذهب المالكية، قال القرافي: وعندنا العوائد مخصصة للعموم. ومن أمثلة تخصيص العموم بالعرف ما قالوه في قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] إنه خص بغير الوالدات اللاتي ليس من عادتهم إرضاع أولادهن.

ومنه أيضاً: تخصيص لفظ الطعام الوارد في الحديث: «نَهَى رسولُ الله ﷺ عن بيع الطعام بجنسه متفاضلاً»، بالطعام الذي كان يطلق عليه هذا الاسم عرفاً في عصر النبي ﷺ، كما ذهب إلى هذا غير واحد من العلماء.

ومنه أيضاً: قول الله تعالى عن الريح التي دمرت بعض الأمم الظالمة، ﴿تُدَمِّرُ

---

(١) «المسودة» ص ١١٨، الآمدي ج ٢ ص ٤٥٩- ٤٦٥.

(٢) «المسودة» ص ١٢٣- ١٢٤، «الفروق» للقرافي ج ١ ص ١٨٧.

كُلَّ شَيْءٍ بِأَمْرِ رَبِّهَا﴾ [الأحقاف: ٢٥] أي تدمر كل شيء جرت العادة بتدميره بمثل هذه الريح، بدليل ما ذكره الله تعالى بعد هذه العبارة، وهو قوله تعالى: ﴿فَأَصْبَحُوا لَا يُرَى إِلَّا مَسَاكِنُهُمْ﴾(١).

ومنه أيضاً ما قاله تعالى عن ملكة سبأ: ﴿وَأُوتِيَتْ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ﴾ [النمل: ٢٣] أي أوتيت من كل شيء مما يحوزه أمثالها من ذوي الحكم والسلطان(٢).

ومن التخصيص بالعرف ما إذا أوصى «بدوابه»، وكان في بلد يقضي عرفه بإطلاق هذا الاسم على الخيل فقط دون غيرها من الدواب، فإن وصيته تحمل على الخيول دون ما عنده من أبقار وأغنام.

٢٨٦ ـ المخصص المتصل، أي غير المستقل(٣):

وهو، كما قلنا: ما كان جزء من عبارة النص التي اشتملت على اللفظ العام. فهو، إذن، كلام غير تام بنفسه، وهو أنواع:

أولاً: الاستثناء:

الاستثناء: هو عبارة عن لفظ متصل بجملة، هذا اللفظ لا يستقل بنفسه، بل بحرف «إلا» أو أخواتها، على أن مدلوله غير مراد مما اتصل به، وهو ليس بشرط ولا صفة ولا غاية.

ومن صيغ الاستثناء: إلا، وهي المشهورة، وغير، وعدا، وما عدا، وما خلا، وليس، ونحوها.

ويشترط لصحة الاستثناء أن يكون متصلاً بالمستثنى منه من غير تخلل فاصل بينهما، أو ما هو في حكم المتصل. وقيل بصحة الاستثناء المنفصل وإن طال الزمان

---

(١) «الموافقات» للشاطبي ج ٣ ص ١٧٢

(٢) يسمي البعض دليل التخصيص في هذا المثال والذي قبله بـ «دليل الحس» اي ان الحس يشهد باختصاص العام ببعض افراده. انظر: «ارشاد الفحول» ص ١٢٨.

(٣) الآمدي ج ٢ ص ٤١٦ وما بعدها، «لطائف الإشارات» ص ٣٠ ـ ٣١ «إرشاد الفحول» ص ١٢٩ ـ ١٣٥.

شهراً، وهذا قول مرجوح، والراجح ما ذكرناه، وعليه جمهور الفقهاء.

ومثاله أيضاً: قوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦] الاستثناء هنا قصر «من كفر» وهو لفظ عام، على من كفر باختياره ورضاه، أما من كفر مكرهاً فلا يكون كافراً.

ومثله أيضاً: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لاَ يَدْعُونَ مَعَ اللهِ إِلَهاً آخَرَ وَلاَ يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ وَلاَ يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ آثاماً يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَاناً إِلا مَنْ تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ عَمَلاً صَالِحاً فَأُولَئِكَ يُبَدِّلُ اللهُ سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتٍ وَكَانَ اللهُ غَفُوراً رَحِيماً﴾ [الفرقان: ٦٨ - ٧٠] فالإثم يلحق من فعل هذه المنكرات ولم يتب ويؤمن ويعمل الصالحات.

هذا ومن المفيد بيانه هنا: أن الاستثناء إذا ورد بعد جمل متعاطفة فإنه يعود إلى الجميع ما لم يخصه دليل. وذهب البعض إلى أن الاستثناء يرجع إلى الجملة الأخيرة، إلا أن يقوم الدليل على التعميم، ومن أمثلة ذلك: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا..﴾ فإن الاستثناء راجع إلى الفاسقين، لا إلى الجلد على رأي هؤلاء القائلين برجوع الاستثناء إلى الجملة الأخيرة، وكذلك هو راجع إلى الفاسقين على رأي القائلين برجوع الاستثناء إلى جميع الجمل، وحجتهم: أن الدليل خص الاستثناء في هذه الآية بالجملة الأخيرة.

ومثله: قوله تعالى في القتل الخطأ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَنْ يَصَّدَّقُوا﴾ [النساء: ٩٢] فالاستثناء راجع إلى الدية دون الإعتاق، لأن الدية هي الجملة الأخيرة فقط، أو لأن الدليل دل على تخصيص الاستثناء بالدية فقط على رأي القائلين برجوع الاستثناء إلى جميع الجمل المتعاطفة.

ثانياً: الصفة:

والمقصود بها هنا كما قال الشوكاني: الصفة المعنوية لا مجرد النعت المذكور في

علم النحو، كقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ - إلى قوله تعالى - وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِنْ نِسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ . . ﴾ فتحريم الربائب مقصور على بنات الزوجات المدخول بهن. هذا وإذا وردت الصفة بعد جمل، فالكلام في عود الصفة إلى الجملة، الأخيرة أو إلى جميع الجمل: كالكلام في رجوع الاستثناء، الذي تكلمنا عنه قبل قليل.

ثالثاً: الشرط:

وهو، كما قال الغزالي، ما لا يوجد المشروط دونه، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده. وصيغه كثيرة، منها: إن الشرطية، وإذا، ومن، ومهما، وحيثما، وأينما، مثل قوله تعالى: ﴿فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فنفي الجناح - وهو عام لأنه نكرة في سياق النفي - مشروط بالشرط المذكور في الآية، أي إن نفي الجناح مقصور على هذه الحالة. ومثله قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ - إلى قوله تعالى - وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢] فميراث النصف والربع مقصور على حالة عدم وجود الولد للمورث الميت.

رابعاً: الغاية:

وهي نهاية الشيء المقتضية لثبوت الحكم لما قبلها وانتفائه عما بعدها. وصيغها: إلى، وحتى. ولا بد أن يكون حكم ما بعدها مخالفاً لما قبلها. وهي لا تخلو أيضاً إما أن تكون مذكورة عقب جملة واحدة أو جمل متعددة، فإن كانت عقب جملة واحدة كان ذلك دالاً على إخراج ما بعد الغاية من عموم اللفظ، واختصاص ما قبلها بالحكم، مثل قولنا: «أنفق على طلاب الكلية إلى أن يتخرجوا»، وإن كانت الغاية متعددة وهي عقب جملة واحدة، ينظر فإن كانت الغاية على الجمع، أي ورودها بواو العطف، فالحكم مختص بما قبلهما، وإن كانت على البدل، أي ورودها بحرف التخيير، فالحكم مختص بما قبل إحدى الغايتين مثل: «أنفق على طلاب الكلية إلى أن يتخرجوا، ويسافروا الى بلادهم» فالحكم مختص ومقصور على الطلاب قبل

تخرجهم وسفرهم ، ولا يكفي تخرجهم دون سفرهم لإيقاف الإنفاق ، وهذا بخلاف قولنا : «أنفق على طلاب الكاية إلى أن يتخرجوا ، أو يسافروا إلى بلادهم» فإن الإنفاق مقصور على الطلبة قبل تخرجهم أو قبل سفرهم ، فالإنفاق يقف عند تحقق إحدى الغايتين . هذا وإن العلماء اختلفوا في الغاية نفسها هل تدخل في المغيا ، فقال بعضهم : إنها تدخل فيما قبلها ، وقال غيرهم : لا تدخل . ومثاله قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ فهل تدخل المرافق في الغسل؟ على قول البعض لا تدخل ، وعلى قول غيرهم تدخل ، والاحتياط يقضي بدخولها .

٢٨٧ ـ دلالة العام(١) :

العام يدل على أفراده على سبيل الاستغراق ، كما قلنا غير مرة ، ولكن العلماء اختلفوا في دلالته على هذا الشمول ، أهي قطعية أم ظنية؟ قولان للعلماء .

فذهب بعضهم ، ومنهم الحنفية ، إلى أن دلالته على أفراده قطعية ما لم يخصص ، فإذا خصص صارت دلالته على ما بقي من أفراده ظنية لا قطعية .

ومعنى القطعية التي يثبتها هؤلاء للعام ، هو انتفاء احتمال التخصيص الناشيء عن دليل ، لا نفي احتمال التخصيص مطلقاً ، فإذا لم يقم دليل على تخصيصه ، فإن دلالته على العموم تبقى قطعية .

وقال الجمهور : إن دلالة العام على شمول جميع أفراده دلالة ظنية لا قطعية قبل التخصيص وبعده .

٢٨٨ ـ احتج أصحاب القول الأول بأن اللفظ العام وضع لغة لاستغراق جميع أفراده ، وهذا هو المعنى الحقيقي للفظ العام ، فيلزم حمله عليه عند إطلاقه ، ولا يجوز صرفه عنه إلا بدليل يدل على تخصيصه وقصره على بعض أفراده . أما احتمال التخصيص دون أن ينهض دليل على هذا الاحتمال ، فهو مما لا يؤبه به ، ولا يلتفت

(١) «إرشاد الفحول» ص ١١٧ وما بعدها ، «أصول» السرخسي ج ١ ص ١٣٢ ـ ١٣٤ ، «فواتح الرحموت» ج ١ ص ٢٦٥ وما بعدها ، «الموافقات» للشاطبي ج ٣ ص ١٦٦ وما بعدها ، «المحلاوي» ص ٧٠ ـ ٧١

إليه ، ولا يعول عليه ، فتبقى دلالة العام على شمول أفراده قطعية ولا يؤثر فيها مجرد احتمال التخصيص بلا دليل ، إذ أن هدا الاحتمـال من قبيل التـوهم ، ولا عبره بالوهم ولا بالتوهم

٢٨٩ ـ واحتج أصحاب القول الثاني ، وهم الجمهور ، بأن الغالب في العام تخصيصه ، وعلى هذ دل استقراء النصوص الشرعية التي وردت فيها ألفاظ العام ، فما من عام إلا وقد خصص إلا في القليل النادر ، حتى شاع بين أهل العلم إنه ما من عام إلا خص منه البعض فإذا كان تخصيص العام هو الغالب الشائع ، فإن احتمال تخصيصه يكون قريباً ، لا وهماً ولا توهماً ، وبـالتالي لا تكـون دلالته عـلى الاستغراق قطعية

٢٩٠ ـ ثمرة الخلاف في دلالة العام(١) :

وقد ترتب على خلاف العلماء في قوة دلالة العام ، أي من جهة قطعيتها أو ظنيتها ، اختلافهم في أمرين :

الأمر الأول :

تخصيص عام القرآن بخاص خبر الآحاد . فالعلماء متفقـون على أن اللفظ العام الوارد في القرآن يجوز تخصيصه بالقرآن أو بالسنة المتواترة ، ولكنهم يختلفون في جواز تخصيصه بسنة الآحاد ، لان القـران قطعي الثبـوت ، والسنة الاحـادية ظنيـة الثبوت ، فلا يقوى الظني على تخصيص القطعي ، وهذا ما قال به الأحناف ، فلا يجوز عندهم تخصيص عام القرآن بسنة الآحاد ، إلا إذا خصص عام القرآن بمخصص في قوته كنص من القرآن أو بسنة متواترة ، لأنه بعد التخصيص يصير ظني الدلالـة ، فيخصصه ما هو ظني أيضاً كخبر الآحاد . ويقولون أيضاً : إن تخصيص العام من قبيل البيان للمراد منه ، فلا بد أن يكون المبيِّن في قوة المبيَّن أو أقوى منه .
وعند غير الأحناف ، وهم جمهورالعلماء ، يجوز تخصيص اللفظ العام الوارد في القرآن ،

---

(١) «المسودة» ص ١١٩ ـ ١٣٤ ، الآمدي ج ٢ ص ٤٧٢ وما بعدها ، «فواتح الرحموت» ج ١ ص ٢٦٥ ، «أصول» السرخسي ج ١ ص ١٣٣ ، ١٤٢ و «التوضيح والتلويح» ج ١ ص ٤١ ، «أصول الفقه» لأستاذنا ابو زهرة ص ١٧١ وما بعدها

باللفظ الخاص الوارد في سنة الآحاد ، لأن خبر الآحاد إن كان ظني الثبوت فهو قطعي الدلالة لكونه خاصاً ، وعام القرآن إن كان قطعي الثبوت فهو ظني الدلالة ، فتعادلا ، فجاز أن يخصص عام القرآن بخاص الآحاد.

ومن الأمثلة لتخصيصات عمومات القرآن بأخبار الآحاد ، تخصيص قوله تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾ بقول النبي ﷺ : «هو الطهور ماؤه ، الحلُّ ميتته» ، وحديث : «لا يتوارث أهل ملتين شتى» خصص عموم الوارث في آيات المواريث ، وخصصه أيضاً حديث : «لا يرث القاتل» ، وخصص عموم قوله تعالى : «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا . . ﴾ بقول النبي ﷺ : «لا قطع في أقل من ربع دينار» ، وحديث : «لا تُنْكَح المرأة على عمتها ولا على خالتها» خصص العموم الوارد في قوله تعالى : ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤].

فوقوع التخصيص بسنة الآحاد لعموم القرآن والاحتجاج به ، دليل على صحته.

والحنفية يجيبون على حجة الجمهور بأن التخصيص بهذه الأحاديث لأحد سببين : الأول : إما أن عام القرآن خصص بدليل قطعيّ ، فصارت دلالته على الباقي من أفراده ظنية ، فجاز تخصيص العموم في الباقي بدليل ظني كما في آية : ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ . . ﴾ الآية ، فإن «ما» لفظ عام يشمل بعمومه المشركات وغيرهن ، ولكن خص بقوله تعالى : ﴿وَلَا تَنْكِحُوا ٱلْمُشْرِكَاتِ﴾ [البقرة: ٢٢١]. فصار بعد هذا التخصيص قابلاً للتخصيص بدليل ظني كخبر الآحاد الذي قالوه وهو : «لا تُنْكَح المرأة على عمتها ولا على خالتها».

أما الأحاديث الأخرى التي احتجوا بها ، فهي من السنة المشهورة المستفيضة ، والسنة المشهورة يجوز تخصيص عام القرآن بها.

والحق ، إن تخصص القرآن بسنة الآحاد قد وقع ، واحتج به العلماء ، وما دفع به الحنفية من أن هذه الأحاديث مشهورة ، لا يسلم لهم ، إذ لا دليل لهم عليه ، وإذا

صحت شهرة بعض الآحاد، فإن البعض الآخر يبقى من أخبار الآحاد كما بين علماء الحديث.

وعلى أية حال، فإن الخلاف بين الأحناف والجمهور تضيق دائرته إذا علمنا، كما ذكرنا في بحث السنة، أن من أنواع خبر الآحاد، عند الجمهور، السنة المشهورة، وهذه السنة يجوز بها تخصيص عام القرآن على رأي الحنفية.

٢٩١ ـ الأمر الثاني:

عند اختلاف حكم العام مع الخاص، بأن يدل أحدهما على حكم يخالف ما دل عليه الآخر في مسألة معينة، يثبت أصحاب القول الأول، القائلون بالقطعية، التعارض بينهما لاستوائهما في قطعية الدلالة، وفي هذه الحالة إذا علم اقترانهما في الزمان كان الخاص مخصصاً للعام، وإن تأخر عنه في الورود كان الخاص ناسخاً للعام في بعض أفراده، وإن جهل تاريخ الورود عمل بالراجح منهما حسب قواعد الترجيح. فإن لم يوجد تساقطا ولم يحتج بواحد منهما.

أما أصحاب القول الثاني، القائلون بظنية دلالة العام على العموم، فإنهم لا يثبتون التعارض بين العام والخاص، لأن الخاص قطعي الدلالة، والعام ظني الدلالة، والقطعي يقدم على الظني فيعمل به دونه، أي يخصص به العام سواء علمنا أيهما أسبق تاريخاً أو جهلنا التاريخ، وهذا عند الحنابلة والشافعية ومن وافقهم.

من ذلك ما ورد عن النبي ﷺ أنه قال: «ما سَقَتْه السماء ففيه العشر»، وقوله ﷺ: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة»، فالحديث الأول عام يشمل قليل الزرع وكثيره، وأن فيه العشر. والثاني خاص لا يشمل غير ما ورد فيه، وهو خمسة أوسق، فلا يشمل ما هو أقل منه، فالجمهور اخذوا بالثاني، لأنه خاص ودلالته قطعية، ولم يأخذوا بالأول، لأنه عام ودلالته ظنية، فلم يوجبوا الزكاة فيما دون خمسة أوسق.

والحنفية، من أصحاب القول الأول، أخذوا بالحديث الأول وإن كان عاماً، لأن دلالته قطعية كدلالة الخاص، ولأنه يوجب الزكاة في القليل والكثير خلافاً

للثاني، وحيث ان الاحتياط في الوجوب واجب، فيترجح الأخذ بالحديث الأول دون الثاني، كما إن الحديث الأول أشهر من الثاني، والأخذ به أنفع للفقراء.

٢٩٢ ـ أنواع العام(١):

العام ثلاثة أقسام: الأول: عام دلالته على العموم قطعية، بأن يقوم الدليل على انتفاء احتمال إرادة الخصوص به، مثل قوله تعالى: ﴿وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللهِ رِزْقُهَا﴾ [هود: ٦].

الثاني: عام يراد به الخصوص قطعاً لقيام الدليل على أن المراد بهذا العام بعض افراده لا كلهم، مثل قوله تعالى: ﴿ولله عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧] وقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥] فالناس، وضمير الجماعة في أقيموا، و «من» من ألفاظ العموم، ولكن يراد بها بعض المكلفين لا كلهم، لأن العقل يقضي بإخراج المجانين ونحوهم من عديمي الأهلية من واجب التكليف، كما أن الحديث الشريف أخرجهم من التكليف، فقد جاء في الحديث: «رُفِعَ القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ». ومثله أيضاً: قوله تعالى مخبراً عن النار: ﴿وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ﴾ [البقرة: ٢٤، التحريم: ٦] فالمراد بالناس بعضهم لا كلهم بدليل قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ سَبَقَتْ لَهُمْ مِنَّا الْحُسْنَى أُولَئِكَ عَنْهَا مُبْعَدُونَ﴾ [الأنبياء: ١٠١].

الثالث: عام مخصوص، وهو العام المطلق الذي لم تصحبه قرينة تنفي احتمال تخصيصه، ولا قرينة تنفي دلالته على العموم، مثل قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

٢٩٣ ـ أمثلة العام وتخصيصه من القوانين الوضعية:

أولاً: من أمثلة العام:

نص القانون المدني العراقي في المادة السابعة على ما يأتي: «من استعمل حقه

---

(١) «الرسالة» للإمام الشافعي ص ٥٨ وما بعدها، وخلاف ص ٢١٧ ـ ٢١٨.

استعمالاً غير جائز، وجب عليه الضمان» كلمة (من) تفيد العموم، لأنها من ألفاظه.

ونص قانون العقوبات العراقي في المادة ٢٥٣ :

«كل من طلب أو أخذ أو قبل عطية أو وعداً بشيء لأداء الشهادة زوراً يعاقب، ومن أعطى أو وعد أو من تدخل بالواسطة في ذلك بالعقوبات المقررة للرشوة أو شهادة الزور أيهما أشد».

كلمة «كل من» تفيد العموم، لان كلمة «كل» تفيد عموم ما أضيفت إليه، وكذلك كلمة «من» الواردة في النص تفيد العموم، لأنها من ألفاظه.

ونص قانون العقوبات العراقي في المادة ٦٧ :

إذا ارتكب الحدث مخالفة يحكم عليه بدلاً من العقوبة المقررة لها في القانون بانذاره في الجلسة... الخ.

كلمة «الحدث» تفيد العموم، لأنها مفرد معرف بأ ل التعريف التي تفيد الاستغراق.

ونص قانون الأحوال الشخصية العراقي في مادته العاشرة :

يسجل عقد الزواج في المحكمة المختصة بدون رسم في سجل خاص، وفقاً للشروط الآتية :

فعبارة «عقد الزواج» تفيد العموم، لأن المضاف إلى معرفة يفيد العموم.

ثانياً : ومن أمثلة تخصيص العام :

١ - نص قانون الأحوال الشخصية العراقي في مادته الثامنه والخمسين على ما يأتي :

«نفقة كل انسان في ماله إلا الزوجة فنفقتها على زوجها» المخصص هنا الاستثناء، إذ خصص نفقة كل إنسان في ماله بما عدا الزوجة، أي ان الاستثناء

قصر «نفقة كل إنسان في ماله» وهي عام على ما عدا الزوجة إذ تجب نفقتها على زوجها في جميع الأحوال، وإن كانت ذات مال.

٢ ـ نص قانون الأحوال الشخصية العراقي في مادته العاشرة على ما يأتي:

يسجل عقد الزواج في المحكمة المختصة بدون رسم في سجل خاص وفقاً للشروط الآتية:

فكلمة «المحكمة» عام، ولكنه خص بالمحكمة التي أعطاها القانون اختصاص تسجيل عقود الزواج، والمخصص هنا الصفة وهي كلمة «المختصة».

٣ ـ نص القانون المدني العراقي في الفقرة الأولى من مادته السابعة والعشرين، على ما يأتي:

«الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام» المخصص هنا، الصفة وهي «غير التعاقدية» خصصت «الالتزامات» وهي لفظ عام، بالالتزامات الموصوفة بأنها غير التعاقدية، أي لم تنشأ من العقد، فهذه هي التي يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام، وليس قانون القاضي.

٤ ـ نص قانون الخدمة المدنية العراقي في الفقرة الرابعة من المادة التاسعة عشرة على ما يأتي:

«كل موظف مثبت اشترك في دورة تدريبية لا تقل مدتها عن ستة أشهر متصلة وأكملها بنجاح يعطى قدماً لمدة ستة أشهر لغرض الترفيع.. إلخ».

حكم هذه المادة مقصور على الموظفين المثبتين دون غيرهم من الموظفين غير المثبتين، لأن الصفة وهي كلمة «مثبت» خصصت عبارة «كل موظف» وهي من العام بالموظفين المثبتين، فلا يسري حكم المادة على هؤلاء.

٥ ـ نص قانون العقوبات العراقي في مادته ٣١١ على ما يأتي :

«يعفى الراشي أو الوسيط من العقوبات إذ بادر بإبلاغ السلطات القضائية أو الادارية بالجريمة ، أو اعترف بها قبل اتصال المحكمة بالدعوى» .

حكم المادة هو «اعفاء الراشي والوسيط من العقوبة» وهما ـ أي الراشي والوسيط ـ من ألفاظ العموم ، مخصوص بأولئك الذين يقومون بالإبلاغ المذكور في المادة ، والمخصص هنا الشرط .

٢٩٤ ـ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب(١) :

اشتهر على ألسنة الأصوليين والفقهاء ، قولهم : العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . . ويريدون بهذه العبارة ، أن العام يبقى على عمومه وإن كان وروده بسبب خاص كسؤال أو واقعة معينة . فالعبرة بالنصوص وما اشتملت عليه من أحكام ، وليست العبرة بالأسباب التي دعت إلى مجيء هذه النصوص . فإذا جاء النص بصيغة عامة لزم العمل بعمومه ، دون التفات إلى السبب الذي جاء النص العام من أجله ، سؤالاً كان هذا السبب أو واقعة حدثت ، لأن مجيء النص بصيغة العموم ،يعني أن الشارع أراد أن يكون حكمه عاماً لا خاصاً بسببه . وهذا مذهب الحنابلة والحنفية وغيرهم .

والأمثلة على ذلك كثيرة منها :

أولاً : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : إنا نركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء ، فإن توضأنا به عطشنا ، أفنتوضأ بماء البحر؟ فقال ﷺ : «هو الطهور ماؤه ، الحل ميتته» . فقوله : «الطهور ماؤه» عام حال السعة والاضطرار ، ولا عبرة بخصوص السؤال وهو السؤال عن التوضّيء به لحاجة السائل إلى الماء الذي يحمله ، كما أن الحكم لا يختص بالسائل ، بل يعم الجميع .

ثانياً: إن النبي ﷺ مر بشاة ميتة ، فقال : هلا أخذتم إهابها فدبغتموه فانتفعتم به» وفي رواية أخرى: قال النبي ﷺ : «أيما إهاب دبغ فقد طهر» ، فقول النبي ﷺ

(١) «المسودة» ص ١٣٠ ، «إرشاد الفحول» ص ١١٧ ـ ١١٨ .

جاء عاماً لا خاصاً بالشاة الميتة التي رآها، ولا بجلد الشاة الميتة دون غيرها، فيشمل كل جلد من حيث طهارته بالدباغة.

ثالثاً: جاء في السنة أن امرأة سعد بن الربيع جاءت الى رسول الله ﷺ وقالت له: هاتان ابنتا سعد بن الربيع، قتل أبوهما معك في أحد، وقد أخذ عمهما مالهما.. فقال النبي ﷺ لعم البنتين: أعط البنتين الثلثين، والزوجة الثمن، وما بقي فهو لك. فهذا الحكم من النبي ﷺ في هذه الواقعة، لا يختص بتلك الواقعة، بل يعم جميع الناس في مثل هذه الواقعة، ولا عبرة بكون أن أبا البنتين قتل في سبيل الله، أو أن البنتين لا مال لهما.

رابعاً: آية اللعان وإن نزلت بسبب واقعة معينة، هي قذف هلال بن أمية زوجته، إلا أنها عامة في جميع الأزواج إذا قذفوا زوجاتهم.

وهكذا فكل عام ورد لسبب خاص من سؤال أو حادثة، فإنه يعمل بعمومه ولا عبرة بخصوص سببه، لأنه كما قال الإمام الشافعي: السبب لا يصنع شيئاً إنما تصنع الألفاظ، وهكذا كان يفعل فقهاء المسلمين في عصر النبي ﷺ وفي العصور التي تلته دون إنكار فكان إجماعاً.

ومن الجدير بالتنويه: أن أكثر عمومات القرآن والسنة جاءت بسبب أسئلة يتقدم بها الناس، أو وقائع تحدث.. ومع هذا فقد عمل بعمومها الفقهاء دون إنكار، كما قلنا.

ومثل هذا يقال في القوانين الوضعية، فالعبرة بألفاظها ونصوصها العامة وما اشتملت عليه من أحكام عامة، وإن كان تشريع الأحكام لأسباب خاصة أو وقائع معينة دعت إلى تشريعها.

المطلب الثالث

المشترك[1]

٢٩٥ ـ تعريفه :

المشترك عند الأصوليين : لفظ يتناول أفرادا مختلفة الحدود على سبيل البدل . أو بتعبير آخر المشترك : لفظ وضع لمعنيين أو أكثر بأوضاع متعددة . فهو إذن لم يوضع لمجموع ما يدل عليه بوضع واحد ، بل بأوضاع متعددة ، أي وضع لكل معنى من معانيه بوضع على حدة ، كأنْ يوضع لهذا المعنى ثم يوضع مرة ثانية لمعنى آخر ، وهكذا .

فمن المشترك الموضوع لمعنيين فقط « القرء » ، فقد وضع للطهر والحيضة .

ومن المشترك الموضوع لأكثر من معنيين ، لفظ « العين » ، فقد وضع لعدة معان ، منها : العين الباصرة ، وعين الماء ، والجاسوس ، والسلعة . ووضع هذا اللفظ لهذه المعاني ، كان وضعاً متعدداً ، أي وضع لكل معنى من هذه المعاني بوضع على حدة . وكالمولى وضع للمعتق وللعتيق .

٢٩٦ ـ أسباب وجود المشترك في اللغة :

الألفاظ المشتركة موجودة في اللغة العربية ، فلا سبيل إلى إنكارها . وقد ذكر العلماء لهذا الوجود أسباباً ، أهمها :

أولاً : اختلاف القبائل العربية في وضع الألفاظ لمعانيها ، فقد تضع قبيلة هذا اللفظ لمعنى ، وأخرى تضع نفس اللفظ لمعنى آخر ، وثالثة تضعه لمعنى ثالث ، فيتعدد

---

(١) « شرح المنار » ص ٣٣٩ ، المحلاوي ص ٨١-٨٢ ، و « أصول الفقه » لاستاذنا ابو زهرة ص ١٦٠ وما بعدها « أصول التشريع الإسلامي » للاستاذ علي حسب الله ص ٢١٧ وما بعدها ، « علم أصول الفقه » للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٢٠٧ وما بعدها

الوضع وينقل إلينا اللفظ مستعملاً في هذه المعاني دون ان ينص علماء اللغة على تعدد الوضع أو الواضع .

ثانياً : قد يوضع اللفظ لمعنى ، ثم يستعمل في غيره مجازاً ، ثم يشتهر استعمال المجازي ، حتى ينسى انه معنى مجازي للفظ ، فينقل إلينا على أنه موضوع للمعنيين الحقيقي والمجازي .

ثالثاً : أن يكون اللفظ موضوعاً لمعنى مشترك بين المعنيين ، فيصح إطلاق اللفظ على كليهما ، ثم يغفل الناس عن هذا المعنى المشترك الذي دعا إلى صحة إطلاق اللفظ على كلا المعنيين ، فيظنون ان اللفظ من قبيل المشترك اللفظي ، كلفظ القرء فإنه في اللغة يطلق على كل زمان اعتيد فيه أمر معين ، فيقال للحمى قرء ، أي زمان دوري معتاد تكون فيه . وللمرأة قراء ، أي وقت دوري تحيض فيه ، ووقت دوري آخر تطهر فيه ، وكالنكاح لفظ وضع لمعنى الضم ، فصح إطلاقه على العقد ذاته ، لأنه فيه ضم اللفظين الإيجاب والقبول ، وصح إطلاقه على الوطء أيضاً ، ولكن اشتهر إطلاقه على العقد ، فظن البعض أنه حقيقة فيه مجاز في غيره ، وظن البعض الآخر أنه في الوطء حقيقة وفي العقد مجاز .

رابعاً : أن يكون اللفظ موضوعاً لمعنى في اللغة ، ثم يوضع في الاصطلاح لمعنى آخر ، كلفظ « الصلاة » وضع لغة للدعاء ، ثم وضع في اصطلاح الشرع للعبادة المعروفة .

٢٩٧ ـ حكم المشترك :

إذا ورد لفظ مشترك في نص شرعي من الكتاب أو السنة ، ينظر : فإن كان مشتركاً بين معنى لغوي ومعنى اصطلاحي شرعي ، وجب حمله على المعنى الثاني . وإن كان مشتركاً بين معنيين أو أكثر لغة ، وجب حمله على معنى واحد منها بدليل يدل على هذا الحمل .

٢٩٨ ـ الأمثلة :

أولاً : في قوله تعالى : ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ يحمل الطلاق على معناه الاصطلاحي الشرعي ، وهو حل الرابطة الزوجية الصحيحة ، ولا يحمل على معناه اللغوي وهو حل القيد مطلقاً .

وقوله تعالى : ﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ يراد بلفظ «الصلاة» المعنى الشرعي الاصطلاحي وهو العبادة المعروفة بهيآتها وأركانها ، لا المعنى اللغوي وهو الدعاء .

والسبب في حمل المشترك على معناه الاصطلاحي لا اللغوي ، هو أن الشارع لما نقل هذا اللفظ عن معناه اللغوي الى معناه الاصطلاحي الشرعي الذي استعمله فيه ، كان اللفظ في عرف الشارع متعين الدلالة على ما وضعه الشارع له ، فيجب المصير إليه(١) .

ثانياً : وفي قوله تعالى : ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] لفظ «القرء» استعمل هنا في معناه اللغوي ، وهو إما الطهر ، وإما الحيضة ، فعلى المجتهد أن يبذل جهده لمعرفة المراد منه ، لأن الشارع ما أراد إلا أحد معنييه .

والمجتهدون يختلفون في تبين المراد منه حسب اجتهادهم وأنظارهم ، ومدى ترجيحهم للقرائن الدالة على هذا المعنى او ذلك ، ولهذا نراهم اختلفوا في معنى «القروء» فقال بعضهم : إنها الاطهار ، وقال بعضهم : هي الحيض .

استدل القائلون بالاطهار بقرائن منها : إن «الثلاثة» جاءت بتاء التأنيث ، والتأنيث يدل على أن المعدود مذكر ، والمذكر هو الطهر لا الحيضة ، فيكون هو المراد من القرء .

واحتج الآخرون بجملة قرائن منها : إن لفظ «ثلاثة» خاص ، فيدل على معناه

---

(١) وكذلك يحمل في الالفاظ الواردة في النصوص القانونية الوضعية ، ان كان لها معنيان معنى لغوي ، ومعنى قانوني اصطلاحي . فانها تحمل على المعنى القانوني الاصطلاحي لا اللغوي .

قطعاً، فتكون مدة العدة ثلاثة قروء بلا زيادة ولا نقص، ولا سبيل إلى هذا المقدار إلا بحمل معنى القرء على الحيضة. ويؤكد هذا المعنى ويرجحه على الأول، أن العدة يراد بها تعرف براءة الرحم من الحمل، والحيض هو الذي يعرفنا هذا.

ومن ذلك أيضاً: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ﴾ [النساء: ١٢] فالكلالة لفظ مشترك يطلق على من لم يترك والداً ولا ولداً، ويطلق أيضاً على من ليس بوالد ولا ولد من المخلفين «أي الورثة»، ويطلق أيضاً على القرابة من جهة غير الوالد أو الولد. فعلى المجتهد أن يتبين المعنى المراد من كلمة «كلالة» بالرجوع إلى القرائن ونصوص المواريث، وقد رجح جمهور الفقهاء، بعد استقرائهم نصوص المواريث: أن المقصود بها هو المعنى الأول، أي من لم يخلف والداً ولا ولداً.

٢٩٩ ـ عموم المشترك(١):

ومعناه: أن يطلق اللفظ المشترك ويراد به جميع معانيه التي وضع لها. وقد اختلف الأصوليون في هذه المسألة على أقوال:

القول الأول: المنع من إرادة العموم؛ فلا يجوز استعمال المشترك إلا في معنى واحد، فلا يجوز أن يراد به كل معانيه التي وضع لها باستعمال واحد. وهذا ما ذهب إليه جمهور الأصوليين.

والحجة لهذا القول: أن المشترك لم يوضع لجميع ما يدل عليه بوضع واحد، بل بأوضاع متعددة، أي وضع لكل معنى من معانيه بوضع على حدة، فإرادة جميع معانيه بإطلاق واحد يخالف أصل وضعه، وهذا لا يجوز. يوضحه أن المشترك يدل على معانيه على سبيل البدل لا الشمول، أي يدل على هذا المعنى أو ذاك، ولا يدل عليها جميعاً دفعة واحدة، لأن وضعه لها كان وضعاً متعدداً، وهذا هو الفرق بينه وبين العام، إذ أن العام يدل على جميع ما يشتمل عليه لفظه من أفراد على سبيل الشمول والاستغراق، لا على سبيل البدل.

---

(١) الآمدي ج ٢ ص ٣٥٢ وما بعدها «شرح المنار» ص ٤٣١ وما بعدها، «فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت» ج ١ ص ٢٠٠.

القول الثاني : الجواز؛ فالمشترك ، وإن كان الأصل فيه إطلاقه على معنى واحد ، إلا أنه يجوز أن يراد به كل معانيه دفعة واحدة ، فيكون كالعام في شموله على ما يدل عليه . والحجة لهذا القول ، وروده في القرآن بهذا الشمول ، قال تعالى : ﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللهَ يَسْجُدُ لَـهُ مَنْ فِي السَّمٰواتِ وَمَنْ فِي الْأَرضِ وَالشَّمْسُ وَالْقَمَرُ وَالنُّجُومُ وَالْجِبَالُ وَالشَّجَرُ وَالدَّوَابُّ وَكَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ﴾ [الحج : ١٨] ، فالسجود يعني : وضع الجبهة على الأرض ، وهذا في حق الناس ، ويعني : الخضوع والانقياد الجبري ، وهذا في حق غير الإنسان ، فهما معنيان مختلفان مرادان من لفظ «يسجد» الواردة في النص . وفي هذا دليل على جواز استعمال المشترك وإرادة جميع معانيه في هذا الاستعمال .

إلا أن أصحاب القول الأول يردون على هذا الاستدلال بأن السجود في الآية معناه : غاية الخضوع والانقياد ، بغض النظر عن كونه اختيارياً أو قهرياً ، وهذا المعنى يتحقق في الإنسان وغيره ، فهو من قبيل المشترك المعنوي لا اللفظي . أما ذكر «كثير من الناس» ففيه إشارة إلى الخضوع الاختياري .

القول الثالث : الجواز بتفصيل؛ فيجوز أن يراد به العموم في النفي دون الإثبات ، كما لو حلف أن لا يكلم موالي فلان ، فإنه يحنث إذا كلم المولى الأعلى والأسفل .

وإذا أوصى بثلث ماله لمواليه أو لمولاه ، بطلت الوصية ، لجهالة الموصى له ، لأن اسم المولى مشترك بين المعتق والعتيق ، ولا عموم للمشترك في الاثبات .

والراجح هو قول الجمهور ، فلا يراد بالمشترك إلا أحد معانيه ، ويعرف المعنى المطلوب بالقرينة المعتبرة .

المبحث الثاني
اللفظ باعتبار استعماله في المعنى

أولاً : الحقيقة(١)

٣٠٠ ـ اللفظ باعتبار استعماله في المعنى الموضوع له أو في غيره، ينقسم إلى أربعة أقسام هي : الحقيقة ، والمجاز ، والصريح ، والكناية ونتكلم عن كل واحد منها بإيجاز .

٣٠١ ـ الحقيقة هي اللفظ المستعمل فيما وضع له . وقد تكون هذه الحقيقة لغوية ، وقد تكون شرعية ، وقد تكون عرفية . فاللغوية منسوبة إلى واضع اللغة ، والشرعية منسوبة إلى الشارع ، والعرفية منسوبة إلى العرف الخاص أو العام .

فالحقيقة اللغوية : وهي اللفظ المستعمل في معناه اللغوي الموضوع له ، كالشمس والقمر و النجوم ، فهذه الألفاظ موضوعة لغة لهذه الأجرام المضيئة المعروفة .

والحقيقة الشرعية : هي اللفظ المستعمل في معناه الشرعي ، أي في المعنى الذي أراده المشرع ، كالصلاة والحج والزكاة ، للعبادات المخصوصة المعروفة . وكالزواج والطلاق والخلع للمعاني الشرعية الموضوعة لها .

والحقيقة العرفية : هي اللفظ المستعمل في معناه العرفي ، أي في المعنى الذي جرى العرف في استعمال اللفظ فيه ، سواء كان هذا العرف عرفاً عاماً، أو خاصاً بأرباب حرفة معينة أو علم خاص ، كلفظ السيارة ، فقد جرى العرف العام على إطلاقها على واسطة النقل المعروفة ، وكالدابة على ذات الأرجل الأربعة . وكالألفاظ الاصطلاحية المستعملة في عرف أصحاب الحرف ، أو علم من العلوم ، كما في الرفع

(١) «أصول» السرخسي ج ١ ص ١٧٠ ـ ١٧١ ، «منهاج الوصول إلى علم الاصول» للبيضاوي ص ٢ والمحلاوي ص ٩١ ـ ٩٣.

والنصب في عرف اللغويين، والحد والماهية عند علماء المنطق، والفقه عند علماء الفقه، والإنذار والفسخ والإقالة عند علماء القانون، وهكذا.

٣٠٢ ـ حكم الحقيقة:

حكم الحقيقة بأنواعها، ثبوت المعنى الذي وضع له اللفظ في اصطلاح المتخاطبين وعدم انتفائه عنه، وتعلق الحكم به. وعلى هذا إذا أوصى شخص لولد زيد بألف دينار، ثبتت الوصية له دون غيره، لأنه لا يمكن أن يقال لولد زيد أنه ليس بولده. وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ القتل حقيقة في إزهاق روح الإنسان، والنهي منصب على هذه الحقيقة فلا يجوز إرتكابها بغير حق

ومن حكم الحقيقة أيضاً رجحانها على المجاز، ولهذا يثبت لها الحكم دون المجاز كلما أمكن حمل اللفظ على الحقيقة. فمن أوصى لولد زيد بشيء، ثبتت له الوصية دون ولد ولد زيد، لأن الولد حقيقة في الولد الصلبي مجاز في ولد الولد، فيحمل اللفظ على الحقيقة لا على المجاز، لأنه متى أمكن العمل بالحقيقة سقط المجاز، لأنه خلف عنها والخلف لا يعارض الأصل.

ثانياً: المجاز(١)

٣٠٣ ـ المجاز: هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له لعلاقة بينهما وقرينة تمنع إرادة المعنى الحقيقي للفظ، كاستعمال لفظ أسد للرجل الشجاع، والعلاقة هي المعنى الجامع بين المعنى الأصلي للفظ والمعنى المستعمل فيه اللفظ وهي الشجاعة.

ويقصد بالقرينة: العلامة الصالحة للدلالة على عدم إرادة المعنى الحقيقي للفظ من قبل المتكلم، وإنما أراد المعنى المجازي.

٣٠٤ ـ أنواع العلاقة:

أ ـ المشابهة: أي الاشتراك في وصف معين بين المعنى الحقيقي للفظ، وبين معناه المجازي المستعمل فيه، كما في قول اهل المدينة للرسول ﷺ لما قدم إليهم:

(١) «أصول» السرخسي ج١ ص١٧١ وما بعدها «شرح التلويح على التوضيح» ص ٧٣ وما ص ١٦٩، المحلاوي ص٩٧ ـ ٩٤، «محاضرات في أصول الفقه» للاستاذ بدر المتولي عبد الباسط ج٢ ص ٢١ وما بعدها.

«طلع البدر علينا» بجامع الإنارة بين البدر في السماء وبين وجه النبي الكريم . .
وكما في قولنا: خالد أسد، لاشتراكهما في وصف الشجاعة . . وكما في تسميتنا الماكر المخادع بالثعلب، بجامع وصف المكر بينهما، وهكذا.

ب ـ الكون: ومعناه تسمية الشيء بما كان عليه، أي تسميته بما كان متصفاً به من قبل، مثل قوله تعالى: ﴿وَآتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٢] أي البالغين الراشدين الذين كانوا يتامى، لأن دفع المال إلى اليتيم ـ وهو الصغير الذي مات أبوه ـ لا يكون إلا بعد البلوغ والرشد بدليل قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

جـ ـ الأَوْل: أي أن يسمى الشيء بما يؤول إليه في المستقبل، كما في قوله تعالى، حكاية عن صاحب يوسف في السجن، وهو يقص رؤياه: ﴿إِنِّي أَرَانِي أَعْصِرُ خَمْراً﴾ [يوسف: ٣٦] أي أعصر عنباً يؤول إلى الخمر.

د ـ الاستعداد: وهو أن يسمى الشيء بما فيه من قوة واستعداد لإحداث أثر معين، كما في قولنا: السم مميت، أي فيه قوة الإماتة.

هـ ـ الحلول: بأن يذكر المحل ويراد به الحال، كما في قوله تعالى: ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢] أي أهلها، فذكر المحل وأراد الحال فيها. ومثله: جرى النهر، أي ماؤه.

و ـ الجزئية وعكسها: بأن يطلق الجزء ويراد به الكل، ويطلق الكل ويراد به الجزء.

فمن الأول: قوله تعالى: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ وقوله تعالى في كفارة الظهار: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ فالمراد بالرقبة في الآيتين شخص الرقيق، فيراد تحريره، ومثله: ﴿تَبَّتْ يَدَا أَبِي لَهَبٍ﴾ أطلق الجزء وأراد الكل، أي شخص أبي لهب.

ومن الثاني: قوله تعالى: ﴿يَجْعَلُونَ أَصَابِعَهُمْ فِي آذَانِهِمْ﴾ [البقرة: ١٩]، أي أناملهم، فأطلق الكل وأراد الجزء.

ز ـ السببية : بأن يطلق السبب ويراد المسبب ، أو بالعكس .

من الأول : قول القائلين : فلان أكل دم أخيه ، أي ديته ، لأن إراقة دمه سبب الدية التي استحقها الأخ .

ومن الثاني : قول الزوج لزوجته : اعتدى ، يريد طلاقها لأن العدة سببها الطلاق ، فأطلق المسبب وأراد السبب .

هذا وإن المجاز الذي علاقته المشابهة يسمى استعارة . والذي علاقته غير المشابهة يسمى المجاز المرسل .

٣٠٥ ـ أنواع القرينة :

القرينة المانعة من إرادة المعنى الحقيقي للفظ أنواع :

أ ـ قرينة حسية : كقول القائل : أكلت من هذه الشجرة ، أي من ثمرتها ، لأن الحس يمنع إرادة أكل عين الشجرة .

ب ـ قرينة عادية أو حالية : أي حسب العادة وظروف الحال ، كما في قول الزوج لزوجته ، وهي تريد الخروج وهو يريد منعها : إن خرجت فأنت طالق ، فيحمل كلامه على الخروج في ذلك الظرف دون غيره .

جـ ـ قرينة شرعية : كما في التوكيل بالخصومة ، تحمل على إعطاء الجواب ومدافعة حجج الخصم أمام القضاء ، ولا تحمل على النزاع والخصام والاعتداء على الخصم ، لأن هذه المعاني ممنوعة شرعاً . وكما في ألفاظ العموم الواردة بصيغ المذكر مثل : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾ تُحمَل على الذكور والإناث ، لما عرف في الشرع من عموم التكليف بالنسبة للرجال والنساء .

٣٠٦ ـ حكم المجاز :

أ ـ ثبوت المعنى المجازي للفظ ، وتعلق الحكم به ، كما في قوله تعالى : ﴿أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ﴾ [النساء : ٤٣ ، المائدة : ٦] ، يراد بالغائط هنا : الحدث

الأصغر، ولا يراد معناه الحقيقي : وهو المحل المنخفض، ويتعلق الحكم به : وهو التيمم عند إرادة الصلاة إذا لم يتيسر الماء، ومثله قوله تعالى : ﴿أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾ يراد بالملامسة هنا معناها المجازي وهو الوطء، لا معناها الحقيقي وهو المس باليد.

ب ـ لا يصار إلى المجاز إذا أمكن المعنى الحقيقي، أي إن الكلام يحمل على الحقيقة كلما أمكن هذا الحمل، لأن الحقيقة أصل، والمجاز خلف عنه وفرع، ولا يصار إلى الخلف أو الفرع إذا أمكن الأصل. ولكن إذا تعذر حمل الكلام على الحقيقة فإنه يصار إلى المجاز، لأن إعمال الكلام خير من إهماله.

وعلى هذا إذا أوصى لولد زيد بألف دينار، حمل الكلام على الحقيقة فلا تثبت الوصية إلا لولد زيد الصلبي، فإن لم يكن له ولد صلبي، ينظر: فإن كان له ولد ولدٍ، حمل الكلام عليه وثبتت له الوصية، لأنه المعنى المجازي لكلمة الولد، وقد تعذرت الحقيقة فيصار إلى المجاز. وإذا لم يوجد له ولد ولد، أهمل الكلام لتعذر حمله على واحد منهما. ومثل إهمال الكلام: دعوة البنوة إذا كان المدعى عليه بها أكبر سناً من المدعي.

٣٠٧ ـ الجمع بين الحقيقة والمجاز :

لا يمكن أن يراد باللفظ الواحد الحقيقة والمجاز في حالة واحدة على أن يكون كل واحد منها مراداً، مثاله : لا تقتل الأسد، وتريد به السبع والرجل الشجاع، لأن المعنى الحقيقي هو المتبادر من اللفظ عند الإطلاق، وإذا وجدت قرينة على إرادة المعنى المجازي تعين اللفظ لهذا المعنى المجازي، وانتفت إرادة المعنى الحقيقي. وذهب بعضهم إلى جواز ذلك، والصواب الأول.

نعم، يجوز استعمال اللفظ في معنى مجازي يندرج تحته المعنى الحقيقي، وهو الذي يسمونه عموم المجاز فيمكن، مثل حمل لفظ الأم على الأصل، فيشمل الأم الوالدة والجدات، ومثله أيضاً : إذا حلف شخص أن لا يضع قدمه في دار فلان فيراد من وضع القدم الدخول، لأنه سبب، فذكر اسم السبب وأراد المسبب، وهو معنى

مجازي شامل للدخول حافياً أو منتعلاً ، فيحنث بعموم المجاز لا بالجمع بين الحقيقة والمجاز .

ثالثاً : الصريح والكناية(١)

٣٠٨ ـ **الصريح** : هو اللفظ الذي ظهر المراد منه ظهوراً تاماً لكثرة استعماله فيه ، حقيقة كان أو مجازاً فمن الأول : أنت طالق ، فإنه حقيقة شرعية في إزالة النكاح صريح فيه .

ومن الثاني قوله تعالى : ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾ فهو صريح وإن كان مجازاً ، لأنه صريح في أن المراد به : وأسأل أهل القرية . ومثله أيضاً : قول القائل : والله لا آكل من هذه الشجرة ، فإنه مجاز مشتهر لهجر الحقيقية ، لأن أكل عين الشجرة متعذر عادة ، فينصرف يمينه إلى المجاز وهو أكل ثمرها .

٣٠٩ ـ **حكم الصريح** :

وحكم الصريح : ثبوت موجبه بلا نية ، أي تعلق الحكم بنفس الكلام دون توقف ذلك على نية المتكلم ، أي سواء نوى معناه أو لم ينوه لظهور معناه ووضوحه ، كلفظ الطلاق جعله الشارع سبباً لوقوع الفرقة ، فيثبت هذا الحكم قضاء بمجرد التلفظ بلفظ الطلاق إذا ما توافرت شروط صحة الطلاق ، ولا يصدق في أنه نوى الخلاص من القيد ، لأن اللفظ صريح في الطلاق فيحكم القاضي بظاهره . وكلفظ البيع ـ إذا ما اقترن به القبول ـ جعله الشارع سبباً لانتقال ملكية المبيع من البائع الى المشتري ، فيثبت هذا الحكم بمجرد ذكرهما إذا ما توافرت الشروط اللازمة لاعتبار البيع وصحته ، سواء نوى العاقدان معنى ما تلفظا به أو لم ينويا .

٣١٠ ـ **الكناية** :

وهي في اللغة : أن تتكلم بشيء وتريد به غيره .

وفي الاصطلاح : لفظ استتر المعنى المراد به بحسب الاستعمال ، ولا يفهم إلا بقرينة ، سواء كان هذا اللفظ حقيقة أو مجازاً غير متعارف(٢) ، مثل قول الرجل

(١) المحلاوي ص ٩٨ـ ١٠٠ ، «أصول» السرخسي ج ١ ص ١٨٧ وما بعدها .

(٢) قال الاصوليون : الحقيقة المهجورة كناية ، والمستعملة صريحة ، والمجاز المتعارف صريح وغير المتعارف كناية . المحلاوي ص ٩٩ .

لزوجته : حبلك على غاربك ، أو الحقي بأهلك ، أو اعتدي ، فهذه العبارات كناية عن الطلاق .

وحكم الكناية : عدم ثبوت موجبها إلا بالنية أو بدلالة الحال ، كقول الرجل لزوجته : اعتدي ، يريد الطلاق . أو قال لها ذلك بعد أن طلبت هي منه الطلاق .

ومن أحكام الكناية أيضاً : أنه لا يثبت بها ما يندرىء بالشبهات كحد القذف ، فلو قال شخص لآخر : أما أنا فلست بزانٍ . فهذا لا يعتبر قذفاً موجباً لحد القذف ، لأن الكناية ، فكان خفاء المراد منها شبهة تدرأ حد القذف عن القائل .

المبحث الثالث

دلالة اللفظ على المعنى

٣١١ ـ اللفظ باعتبار وضوح دلالته على معناه، أو خفاء هذه الأدلة ينقسم الى قسمين: واضح الدلالة وغير واضح الدلالة. ونتكلم عن كل قسم في مطلب على حدة.

المطلب الأول

الواضح الدلالة

٣١٢ ـ الواضح الدلالة أربعة أقسام: الظاهر، والنص، والمفسر، والمحكم. وأساس هذه القسمة تفاوت هذه الأقسام في قوة وضوح دلالتها وضعفها، فأقلها وضوحاً: الظاهر، ثم يليه النص، ثم يشتد الوضوح في المفسر، ثم يبلغ ذروته في المحكم، ونتكلم فيما يلي عن كل واحد منها على انفراد.

أولاً: الظاهر(١)

٣١٣ ـ الظاهر في اللغة: هو الواضح، وفي الاصطلاح: هو الذي ظهر المراد منه بنفسه، أي من غير توقف على أمر خارجي، ولم يكن المراد منه هو المقصود أصالة من السياق، أي من سياق الكلام.

مثاله: قوله تعالى: ﴿وأَحلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] ظاهر في إحلال البيع وتحريم الربا، لأن هذا المعنى هو المعنى الظاهر المتبادر فهمه من كلمتي:

(١) «أصول» السرخسي ج ١ ص ١٦٣-١٦٤، «فواتح الرحموت» ج ٢ ص ١٩، «شرح المنار» ص ٣٤٩- ٣٥٠، وعبد الوهاب خلاف ص ١٨٨- ١٨٩.

أحل وحرم، من غير حاجة إلى قرينة خارجية، وهو غير مقصود اصالة من سياق الآية الكريمة، لأن المقصود الأصلي منها هو نفي المماثلة بين البيع والربا، ورداً على الذين قالوا: إنما البيع مثل الربا.

ومثاله أيضاً: قوله تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ [الحشر: ٧] ظاهر في دلالته على وجوب طاعة الرسول ﷺ في كل ما يأمر به أو ينهى عنه، وهذا المعنى هو المتبادر فهمه من نفس ألفاظ الآية الكريمة، إلا انه ليس هو المقصود الأصلي من سياق الآية، لأن الآية مسوقة أصلاً للدلالة على وجوب طاعة الرسول ﷺ في قسمة الفيء، وتدل تبعاً على وجوب طاعته مطلقاً. ومثاله أيضاً: قوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ النساءِ مَثْنَى وثُلَاثَ ورُباعَ فَإِنْ خِفْتُمْ الّا تَعْدِلوا فَواحِدةً﴾ [النساء: ٣]. ظاهر في إباحة نكاح ما حل من النساء، وهذا المعنى غير مقصود أصالة من سياق الآية، وإنما المقصود الأصلي من سياقها هو إباحة تعدد الزوجات إلى حد أربع زوجات عند أمن الجور، وإلا فواحدة عند الخوف من عدم العدل.

وقوله ﷺ وقد سئل عن طهورية ماء البحر: «هو الطهور ماؤه، الحل ميتته» فهو ظاهر في حكم ميتة البحر، لأنه ليس هو المقصود أصالة من البيان، لأن السؤال وقع عن ماء البحر لا عن ميتته.

٣١٤ ـ حكم الظاهر:

١ ـ إنه يحتمل التأويل، أي صرفه عن ظاهره وارادة معنى آخر منه، كأن يخصص إن كان عاماً، ويقيد إن كان مطلقاً، ويحمل على المجاز لا على الحقيقة، وغير ذلك من أنواع التأويل.

٢ ـ وجوب العمل بمعناه الظاهر ما لم يقم دليل يقتضي العدول عنه، أي تأويله إلى غير معناه الظاهر، لأن الأصل عدم صرف اللفظ عن ظاهره، إلا بدليل يقتضي ذلك، مثاله: قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ ظاهر في عموم البيع وحله، ولكن خص منه بيع الخمر فلا يجوز، وكذا بيع الإنسان ما

ليس عنده وغير ذلك من البيوع التي نهى الشارع عنها، فلا تندرج في عموم البيع الحلال المستفاد من ظاهر الآية .

٣ ـ يقبل النسخ في عهد الرسول ﷺ لأنه لا نسخ بعده ﷺ .

ثانياً: النص(١)

٣١٥ ـ النص، في الاصطلاح: ما دل بنفس لفظه وصيغته على المعنى دون توقف على أمر خارجي ، وكان هذا المعنى هو المقصود الأصلي من سوق الكلام(٢) .
وعلى هذا فإن النص أظهر من الظاهر في دلالته على معناه وأظهريته هذه جاءت بسبب سوق الكلام لبيان هذا المعنى ، لا لذات صيغته ، مثاله : قوله تعالى : ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ فإنه ظاهر في تحليل البيع وتحريم الربا ، ونص في التفرقة بين البيع والربا ، لأن هذا المعنى ـ وهو التفرقة بين البيع والربا ـ هو المتبادر فهمه من الآية ، وهذا المعنى هو المقصود الأصلي من سياق الآية ، لأنها وردت للرد على الكفار الذين قالوا : إنما البيع مثل الربا .

٣١٦ ـ حكم النص:

أنه يقبل التأويل ، ويقبل النسخ في عهد الرسول ﷺ فقط ، ويجب العمل به ما لم يقم دليل على تأويله ، أي ما لم يقم دليل على العدول عنه وإرادة غير ما نص عليه ، فيعمل بموجب التأويل .

٣١٧ ـ الفرق بين الظاهر والنص:

أولاً : إن دلالة النص على معناه أوضح من دلالة الظاهر على معناه .

ثانياً : إن معنى النص هو المقصود الأصلي من سوق الكلام ، أما الظاهر فمعناه مقصود تبعاً لا أصالة من سوق الكلام .

ثالثاً : إن احتمال النص للتأويل أبعد من احتمال الظاهر له .

---

(١) «أصول» السرخسي ١ ج ص ١٦٤ـ ١٦٥ ، «فواتح الرحموت» ج ٢ ص ١٠٩ المحلاوي ص ٨٤ـ٨٥.
(٢) ويطلق «النص» على كل آية قرآنية او حديث نبوي فيقال : نصوص القرآن والسنة ، فيشمل لفظ «النص» بهذا المعنى : الظاهر والنص والمفسر والمحكم بمعانيها الاصطلاحية.

رابعاً: عند التعارض بينهما يرجح النص على الظاهر.

٣١٨ - التأويل(١):

التأويل في اللغة مأخوذ من: آل يؤول أي رجع، ومنه قوله تعالى: ﴿وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ﴾ [آل عمران: ٧]، أي ما يؤول إليه أي ما يرجع إليه. وفي الاصطلاح الشرعي، التأويل من حيث هو تأويل، هو حمل اللفظ على غير مدلوله الظاهر منه مع احتماله له. وأما التأويل الصحيح فهو حمل اللفظ على غير مدلوله الظاهر منه مع احتماله بدليل يعضده. وعرفه صاحب «التلويح» بأنه صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى معنى مرجوح يحتمله لدليل دل على ذلك.

وقد قلنا: إن كُلًّا من الظاهر والنص يحتمل التأويل فيصرف عن معناه الظاهر المتبادر إلى معنى آخر لدليل يقتضي هذا التأويل. والأصل عدم صرف اللفظ عن ظاهره، ومعنى ذلك أن حمله على غير ظاهره، أي تأويله لا بد أن يستند إلى دليل مقبول، ولهذا كان التأويل قسمين: صحيح مقبول، وفاسد مرفوض. فالصحيح ما توافرت فيه شروط صحة التأويل وهي:
وهي:

أولاً: أن يكون اللفظ قابلاً للتأويل وهو الظاهر والنص. أما المفسر والمحكم فلا يقبل واحد منهما التأويل.

ثانياً: أن يكون اللفظ محتملاً للتأويل، أي يحتمل المعنى الذي يصرف إليه اللفظ ولو احتمالاً مرجوحاً، أما إذا لم يحتمله أصلاً فلا يكون التأويل صحيحاً.

ثالثاً: أن يكون التأويل مبنياً على دليل معقول من نص أو قياس أو إجماع أو حكمة التشريع ومبادئه العامة. فإذا لم يستند التأويل إلى دليل مقبول كان تأويلاً غير مقبول.

رابعاً: أن لا يعارض التأويل نصاً صريحاً.

---

(١) الآمدي ج ٣ ص ٧٣ وما بعدها، «فواتح الرحموت» ج ٢ ص ٢٢، وخلاف ص ١٩١ وما بعدها. «التلويح والتوضيح» ج ١ ص ١٢٥، «إرشاد الفحول» ص ١٧٧.

والتأويل بعد هذا ، قد يكون تأويلاً قريباً إلى الفهم يكفي في إثباته أدنى دليل . وقد يكون تأويلاً بعيداً عن الفهم فلا يكفي فيه أي دليل ، بل لا بد فيه من دليل قوي يجعله تأويلاً سائغاً مقبولاً ، وإلا كان بمنزلة التأويل غير المقبول فيرفض .

٣١٩ ـ فمن التأويل الصحيح ، تخصيص عموم البيع المستفاد من قوله تعالى : ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ بالسنة التي نهت عن بيوع معينة كبيع الإنسان ما ليس عنده .

ومن التأويل الصحيح أيضاً : أن عموم المطلقات المستفاد من قوله تعالى : ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ خص بالمدخول بهن ، بدليل قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩] كما خص عمومات المطلقات بغير الحامل ، لأن عدة الحامل وضع الحمل ، بدليل قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] .

ومن التأويل السائغ : تأويل الشاة في الحديث الشريف : «وفي كل أربعين شاة شاة» بالقيمة ، فيكون معنى الحديث الشريف : أن الواجب في زكاة الأربعين شاة هو شاة أو قيمتها . دليل هذا التأويل : هو أن المقصود من الزكاة سد حاجة الفقراء ، وهذا المقصود كما يحصل في إخراج الشاة بعينها وإعطائها للفقير، يحصل أيضاً بإخراج قيمتها وتوزيعها على المستحقين(١) .

ومن التأويل السائغ : حمل البيع على الهبة وبالعكس ، لدليل دل على ذلك لاحتمال كل من اللفظين للآخر من حيث الجملة .

وقد يكون التأويل بعيداً لا يستند إلى دليل مقبول ، فلا يكون تأويلاً سائغاً فلا يقبل ، ومثاله : جاء في الحديث الشريف أن فيروزا الديلمي أسلم على أختين ، أي إنه أسلم وعنده زوجتان هما أختان ، فقال النبي ﷺ : «أمسك أيتهما شئت ، وفارق الأخرى» المعنى الظاهر المتبادر إلى الفهم أن النبي ﷺ أذن لفيروز أن يفارق أيتهما شاء ، ويمسك الأخرى ، إلا أن الحنفية أولوا هذا الحديث فقالوا : إن معناه إمساك

---

(١) اعتبر الآمدي هذا التأويل من الحنفية من التأويلات البعيدة وبالتالي لم يعتبره مقبولا . الآمدي ج ٣ ص ٧٩

الزوجة الأولى ومفارقة الأخرى إذا كان الزواج بهما جرى في عقد واحد. ودليل تأويل الحنفية القياس على المسلم إذا تزوج أختين في عقد واحد أو في عقدين متتاليين.

وهذا دليل ضعيف فيكون تأويلهم بعيداً، لأن النبي ﷺ لم يسأل فيروزاً عن كيفية زواجه بهما، وهل جرى في عقد واحد أو في عقدين، ولو كان المراد من الحديث ما قاله الأحناف، لسأله هذا السؤال أو لبين له الحكم ابتداء، لأنه حديث عهد بأحكام الإسلام فينبغي تعريفه بها، وحيث لم يحدث شيء من هذا، فإن تأويل الأحناف يبدو ضعيفاً مرجوحاً فلا يُقبَل.

٣٢٠ ـ التأويل في القوانين الوضعية:

والتأويل في الظاهر والنص كما يجوز في النصوص الشرعية، يجوز كذلك في النصوص القانونية إذا كان سائغاً، ومن أمثلة ذلك: كلمة «الليل» الواردة في قانون العقوبات المصري في جريمة السرقة، واعتباره ظرفاً مشدداً في المادة ٣١٣ والمادة ٣١٧، وكذلك جعل «الليل» ظرفاً مشدداً في تخريب آلات الزراعة المنصوص عليها في المادة ٣٥٢، ٣٥٦ من قانون العقوبات المصري. فالظاهر من كلمة الليل هو من غروب الشمس إلى شروقها، ولكن يحتمل التأويل إلى وقت اشتداد ظلمة الليل بقرينة أن الداعي لتشديد العقوبة هو اغتنام السارق فرصة الظلام لإيقاع جريمته، والظلام لا يعم أثر غروب الشمس مباشرة. وعلى كل حال يجب التأني في التأويل والحذر من مباشرته، والتأكد من وجود الدليل على صحته لئلا يقع الفقيه في الخلط، واتباع الأهواء بزعم التأويل.

ثالثاً: المفسر(١)

٣٢١ ـ المفسر مأخوذ من الفسر وهو الكشف، فهو المكشوف معناه. وفي الاصطلاح: هو ما ازداد وضوحاً على النص ودل بنفسه على معناه المفصل على وجه لا يبقى فيه احتمال للتأويل، ومثاله: قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً﴾ [التوبة: ٣٦] فإن كلمة المشركين اسم ظاهر عام ولكن يحتمل التخصيص، فلما

(١) «فواتح الرحموت» ج ٢ ص ١٩-٢٠، المحلاوي ص ٨٥-٨٦، خلاف ص ١٩٣، «أصول» السرخسي ج ١ ص ١٦٥.

ذكر بعده كلمة «كافة» ارتفع احتمال التخصيص فصار مفسراً .

ومثاله أيضاً : قوله تعالى :﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] ، فإن لفظ ثمانين لا يحتمل التأويل ، لأنه عدد معين لا يقبل الزيادة والنقصان فيكون من المفسر .

ومثاله أيضاً : قوله تعالى في نفي العدة عن المطلقات قبل الدخول : ﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩] فإن كلمة «تعتدونها» نفت احتمال تأويل العدة بغير المدة المعهودة التي تتربصها المطلقة ، فتكون العدة هنا من قبيل المفسر . ومثاله أيضاً : طلقي نفسك واحدة . فإن كلمة «طلقي» خاص يحتمل التأويل بالثلاث ، ولكن بذكر الواحدة ارتفع احتمال التأويل .

ومثاله أيضاً : الألفاظ التي وردت في القرآن الكريم مجملة ، وفصلتها السنة تفصيلاً قطعياً أزال إجمالها ، فإنها تصير من المفسر ، كقوله تعالى : ﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧]. فإن النبي ﷺ فصل معاني الصلاة والزكاة والحج ، وبين المقصود منها بأقواله وأفعاله ، فصارت هذه الألفاظ من المفسر الذي لا يحتمل التأويل .

٣٢٢ ـ أما حكم المفسر : فهو وجوب العمل به كما فصل ، وبما دل عليه قطعاً مع احتماله النسخ في عهد الرسالة إذا كان من الأحكام القابلة للنسخ . أما بعد وفاة النبي ﷺ فكل من القرآن والسنة من المحكم الذي لا يحتمل النسخ لانقطاع الوحي .

٣٢٣ ـ الفرق بين التفسير والتأويل :

التفسير الذي يكون به المفسر غير قابل للتأويل ، هو التفسير المستفاد من نفس الصيغة كما في الأمثلة التي ذكرناها من النصوص القرآنية ، أو المستفاد من بيان تفسيري قطعي وارد من الشارع نفسه ، كما ذكرنا في أمثلة الصلاة والزكاة والحج ، التي فسرتها السنة النبوية وجعلتها غير قابلة للتأويل ، ويعتبر هذا التفسير ملحقاً بنفس الصيغة أو اللفظ ويكون جزءاً من النص . وأما التأويل فهو بيان للمراد من

اللفظ بدليل ظني عن طريق الاجتهاد، ولكنه ليس قطعياً كما هو بالمفسر الذي جاءه التفسير، أي بيان المراد من النص، من قبل الشارع نفسه، ولهذا كان تأويل المجتهدين غير قطعي، ويمكن أن يكون المراد غير ما ذكروه.

٣٢٤ ـ المفسر في القوانين الوضعية:

إذا جاءت النصوص القانونية الوضعية دالة بنفس صيغها على معانيها المفصلة على وجه ينفي احتمال تأويلها، كانت في هذه الحالة من المفسر مثاله: المادة ٤٥١ من القانون المدني العراقي التي نصت على ما يأتي:

«تكون السندات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها الموظف العام في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً» فالسندات المذكورة في هذه المادة حجة على جميع الناس بلا استثناء، لأن ورود كلمة كافة بعد الناس نفي احتمال التخصيص فصار من المفسر.

٣٢٥ ـ ومن المفسر في القوانين الوضعية جميع الألفاظ الواردة فيها والتي بينت هذه القوانين نفسها المعنى المراد منها، والغالب في القوانين العراقية الوضعية أنها تبين المعاني المقصودة من العبارات والألفاظ الواردة فيها، فتعتبر هذه النصوص وهذه الألفاظ والعبارات من المفسر الذي لا يحتمل التأويل، مثاله: المادة الثانية من قانون الخدمة المدنية المعدل رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠. حيث نصت هذه المادة على الآتي

يقصد في هذا القانون بتعبير:

الموظف: كل شخص عهدت إليه وظيفة دائمة داخلة في الملاك الخاص بالموظفين.

المستخدم: كل شخص تستخدمه الحكومة في خدمة داخلة في الملاك الدائم الخاص بالمستخدمين.

الملاك: مجموع الوظائف والدرجات المعينة لها المصادق عليها بموجب قانون الميزانية أو من قبل وزير المالية.

الوزير: رئيس الوزراء فيما يختص بموظفي ومستخدمي ديوان مجلس الوزراء

والدوائر التابعة له، والوزير المختص فيما يختص بموظفي ومستخدمي وزارته... الخ.

فالمعنى المراد من الموظف أو المستخدم أو الملاك أو الوزير.. إلخ، بينه القانون نفسه على نحو ينفي احتمال تأويله إلى غير المعنى الذي بينه، فيكون من المفسر.

٣٢٦ ـ ومن المفسر أيضاً في القوانين الوضعية، أن يقوم المشرِّع الوضعي بنفسه بإيراد التفسير لنص قانوني، ويبين معناه بتفصيل وتحديد ينفي عنه احتمال إرادة غير المعنى الذي فصله وحدده، فيكون النص في هذه الحالة من المفسر، ويلحق التفسير بالنص الأصلي ويكون جزءاً منه، سواء صدر هذا التفسير من المشرِّع نفسه كما قلنا، أو صدر ممن خوله حق إصدار هذا التفسير، ومن أمثلة هذا التفسير الصادر ممن خوله المشرع الوضعي إصداره، أن القانون المصري رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٢ أضاف إلى قانون الإصلاح الزراعي المصري رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ مادة جديدة برقم ١٤ (مكرر) يعطي الهيئة العليا للإصلاح الزراعي سلطة تفسير أحكام هذا القانون، واعتبر قراراتها في هذا الشأن تفسيراً تشريعياً ملزماً، وتنشر هذه القرارات في الجريدة الرسمية(١).

رابعاً: المَحكم(٢)

٣٢٧ ـ المحكم في اللغة: المتقن، وفي الاصطلاح الشرعي: هو اللفظ الذي ظهرت دلالته بنفسه على معناه ظهوراً قوياً على نحو أكثر مما عليه المفسر، ولا يقبل التأويل ولا النسخ.

فهو لا يحتمل التأويل، لأن وضوح دلالته بلغت حداً ينتفي معها أي احتمال للتأويل. وهو لا يقبل النسخ، لأنه يدل على حكم أصلي لا يقبل بطبيعته التبديل والتغيير، أو يقبله بطبيعته، ولكن اقترن به ما ينفي احتمال نسخه.

---

(١) «المدخل للعلوم القانونية» لاستاذنا الدكتور عبد المنعم البدراوي ص ٢١١.

(٢) «المسودة» ص ١٦١-١٦٢، المحلاوي ص ٨٦-٨٧، «أصول» السرخسي ج ١ ص ١٦٥، خلاف ص ١٩٥-١٩٦.

فمن الأحكام الأصلية الأساسية التي لا تقبل بطبيعتها أي نسخ، النصوص الواردة بالإيمان بالله واليوم الآخر والرسل، وتحريم الظلم، ووجوب العدل ونحو ذلك.

ومن الأحكام الجزئية التي اقترن بها ما يدل على تأبيدها، قوله تعالى في قاذفي المحصنات: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤]، وقوله تعالى في تحريم نكاح أزواج النبي ﷺ من بعده: ﴿وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللهِ وَلَا أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَدًا﴾ [الأحزاب: ٥٣]، وقوله ﷺ: «الجهاد ماضٍ إلى يوم القيامة». ويسمى هذا النوع: محكماً لعينه، وهذا القسم هو المراد هنا. وقد يكون المحكم لانقطاع الوحي بموته ﷺ، ويسمى: محكماً لغيره، وهو غير مقصود هنا.

٣٢٨ ـ حكم المحكم:

وجوب العمل بما دل عليه قطعياً، ولا يحتمل إرادة غير معناه، ولا يحتمل نسخاً ولا إبطالاً.

٣٢٩ ـ مراتب واضح الدلالة:

قلنا: إن واضح الدلالة أربعة أنواع: الظاهر، النص، المفسر، المحكم. وكلها واضحة الدلالة، ولكنها تتفاوت في قوة وضوح دلالتها على المراد منها، فأقواها في وضوح الدلالة: المحكم، ثم المفسر، ثم النص، ثم الظاهر. ويظهر أثر هذا التفاوت عند التعارض، فإذا تعارض ظاهر ونص قدم النص، لأنه أوضح دلالة من الظاهر. وإذا تعارض نص ومفسر رجح المفسر على النص، ويرجح المحكم على الجميع. وسنذكر الأمثلة على ذلك عند الكلام عن التعارض والترجيح في الفصل الثالث.

المطلب الثاني

غير الواضح الدلالة

٣٣٠ ـ وهو اللفظ الذي في دلالته على معناه خفاء وغموض، فلا يدل على

المراد منه بنفسه ، بل يتوقف ذلك على أمر خارجي . وهو فى الخفاء على مراتب : أعلاها المتشابه ، وأقل منه خفاء المجمل ، ثم المشكل ، ثم الخفى . ونتكلم فيما يلي عن كل واحد على حدة .

أولاً : الخفي(١)

٣٣١ – الخفي لفظ دلالته على معناه ظاهرة، إلا ان فى انطباق معناه على بعض أفراده غموضاً وخفاءً يحتاج إلى شيء من النظر والتأمل لإزالة هذا الغموض أو الخفاء بالنسبة إلى هذا البعض من الأفراد .

مثاله : لفظ السارق فى قوله تعالى : ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ والسارق هو من يأخذ مال الغير خفية من حرز مثله. والظاهر من لفظ السارق أنه يتناول جميع أفراده ، حتى من يسرق الناس فى يقظتهم بنوع من المهارة وخفة اليد وهو المسمى « الطرار »، كما يتناول لفظ السارق، حسب الظاهر، من يسرق أكفان الموتى من قبورهم وهو المسمى بالنباش . ولكن اختصاص الأول باسم الطرار، واختصاص الناس باسم النباش، جعل لفظ السارق خفى المعنى بالنسبة إليهما، لأن انطباق معناه عليهما لا يفهم من نفس اللفظ، بل لابد له من أمر خارجي. ووجه الخفاء ما يرد إلى الذهن من أن اختصاصهما بهذين الاسمين يعنى أنهما ليسا من أفراد السارق. ولكن بالنظر والتأمل يتبين أن اختصاص الطرار بهذا الاسم مرده زيادة في معنى السرقة لحذقه ومهارته فى مسارقة الأعين المستيقظة، متنهزاً غفلة المسروق منه، فسرقته بهذا الاعتبار أخطر وجريمته أفظع، فيتناوله لفظ السارق، ويقام عليه حد السرقة. أما النباش فقد اختص بهذا الاسم لنقصانه فى معنى السرقة، لأنه لا يأخذ مالاً مرغوباً فيه من حرز أو حافظ، لأن القبر لا يصلح حرزاً والميت لا يصلح حافظاً ، فلا يتناوله لفظ السارق فلا يقام عليه حد السرقة وإنما يعزر، وهذا على مذهب بعض الفقهاء كأبى حنيفة رحمه الله .

وقال الجمهور : إن لفظ السارق يتناول النبّاش، لأن اختصاصه بهذا الاسم

---

(١) « أصول » السرخسي ج ١ ص ١٦٧ ، الخلاوى ص ٨٧–٨٨. خلاف ص ١٩٨–٢٠٠

لا ينفي انطباق معنى السارق عليه، وإنما يكون هذا الاختصاص كاختصاص نوع معين من أنواع الجنس باسم فيبقى مندرجاً تحت هذا الجنس، وهنا يكون النباش نوعاً من أنواع جنس السارق، فيصدق عليه اسم السارق. أما كون القبر غير حرز، فمردود، لأنه يصلح أن يكون حرزاً بالنسبة للكفن، لأن حرز كل شيء بما يناسبه، وكون الكفن غير مرغوب فيه لا يمنع ماليته وتقومه، فيتحقق الشرط في المسروق وهو كونه مالاً متقوماً، وعلى هذا يقام حد السرقة على النباش. وقول الجمهور هذا هو الراجح.

ومثاله أيضاً: لفظ القاتل في الحديث الشريف: «لا يَرث القاتل» فهو لفظ عام يشمل بظاهره القاتل عمداً وخطأ. ودلالته على القاتل عمداً ظاهرة، ولكن في انطباق معناه على القاتل خطأ شيئاً من الخفاء والغموض سببه وصف القتل بالخطأ، لأن الحرمان من الإرث عقوبة، والخطأ عادة يختلف عن العمد في استحقاق العقوبة، فهل يساويه هنا في الحرمان من الإرث، وينطبق عليه معنى الحديث أم لا؟ ذهب بعض الفقهاء إلى مساواته في العقوبة فيكون لفظ القاتل متناولاً للقاتل خطأ كتناوله للقاتل عمداً، فيحرم كلاهما من الميراث. وحجة هذا الرأي أن القاتل خطأ يصدق عليه اسم قاتل، ولأنه قصر في الاحتياط والتحرز فيحرم من الميراث جزاء تقصيره، ولأن الحرمان من الميراث عقوبة قاصرة لا عقوبة كاملة فلا مانع من مساواته فيها للقاتل العمد واختلافه معه في عقوبة القصاص، ولأنه إذا لم يعاقب بهذه العقوبة القاصرة فإنه يؤدي إلى شيوع القتل بين الورثة وادعاء الخطأ فيه. فسداً لهذا الباب ومنعاً لذريعة الإجرام واستعجال الشيء قبل أوانه، يجب حرمانه من الميراث.

وذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى أن لفظ القاتل في الحديث الشريف لا يشمل القاتل خطأ لانعدام القصد السيء عنده، فلا يستحق العقوبة الكاملة وهي القصاص، ولا يستحق العقوبة القاصرة وهي الحرمان من الميراث.

وهكذا الحال في كل لفظ ظاهر الدلالة على معناه مع خفاء في انطباق هذا المعنى على بعض أفراده، فهو خفي بالنسبة إلى هذا البعض من الأفراد، فإما أن ينطبق عليه بعد التأمل والنظر فيسري عليه حكمه، وإما أن لا ينطبق عليه معناه فلا

يجرى عليه حكمه كما مثلنا. وأنظار الفقهاء تختلف في هذا المجال.

٣٣٢ ـ ومن أمثلة الخفي في القوانين الوضعية المادة ٣١١ من قانون العقوبات المصري التي نصت «كل من اختلس منقولاً مملوكاً لغيره فهو سارق» فهل ينطبق النص على سارق التيار الكهربائي؟ سبب الخفاء في اعتبار التيار الكهربائي مالاً منقولاً، إن المنقول عادة ما أمكن نقله من مكان إلى مكان آخر فهل ينطبق هذا المعنى على التيار الكهربائي؟ والذي انتهت إليه محكمة النقض المصرية أنه يعتبر منقولاً، وبالتالي ينطبق على سارقه نص هذه المادة.

٣٣٣ ـ حكم الخفي:

وجوب النظر والتأمل في العارض الذي أوجب الخفاء في انطباق اللفظ على بعض أفراده، فإن رُئيَ أن اللفظ يتناوله جعل من أفراده وأخذ حكمه كما في الطرار، وإن رُئيَ أن اللفظ لا يتناوله لم يأخذ حكمه كما في النباش. وقد يتفق الفقهاء في نتيجة تأملهم ونظرهم وقد يختلفون.

ثانياً: المشكل (١)

٣٣٤ ـ المشكل: مأخوذ من قول القائل: أشكل علي كذا، أي دخل في أشكاله وأمثاله، وفي الاصطلاح: اسم لما يشتبه المراد منه بدخوله في أشكاله على وجه لا يعرف المراد إلا بدليل يتميز به من بين سائر الأشكال. وبتعبير آخر، المشكل: اسم لكلام أو لفظ يحتمل المعاني المتعددة، ويكون المراد واحداً منها، لكنه قد دخل في أشكاله وهي تلك المعاني المتعددة فاختفى بسبب هذا الدخول على السامع وصار محتاجاً إلى الطلب والتأمل ليتميز عن أشكاله وأمثاله. فسبب الخفاء في المشكل نفس لفظه وصيغته، فهو لا يدل بصيغته على المراد منه، بل لا بد من قرينة خارجية تبين المراد منه، وهذا بخلاف الخفي، فإن خفاءه ليس من نفس اللفظ وإنما

(١) «أصول» السرخسي ١ ج ص ١٦٨، المحلاوي ص ٨٨-٨٩، خلاف ص ٢٠٠-٢٠١ «أصول الفقه» لاستاذنا ابو زهرة ص ١٢٢-١٢٣.

من الاشتباه في انطباق معناه على بعض الأفراد لعوامل خارجة عن اللفظ كما بينا .

٣٣٥ ـ ومن أمثلة المشكل: اللفظ المشترك ، فإنه موضوع في اللغة لأكثر من معنى ، فلا يدل بنفسه على معنى معين ، وإنما الذي يحدد المعنى المراد منه هو وجود القرائن الخارجية . وهذا ما تختلف فيه أنظار المجتهدين ، كما في لفظ القرء في قوله تعالى : ﴿وَٱلْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ فهو موضوع للطهر وللحيض ، والقرائن هي التي تعين المراد منه . ومثله أيضاً : كلمة «أنّى» في قوله تعالى : ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣]، فكلمة (أنّى) تستعمل لغة بمعنى «كيف» كما تستعمل بمعنى «من أين» ، والقرائن وسياق النص هي التي تعين المراد ، وقد عينته ، فدل النص على تعميم الأحوال دون المحال .

٣٣٦ ـ ومن أمثلة المشكل في القوانين الوضعية : المادة الثامنة من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ونصها :

«تكمل أهلية الزواج بتمام الثامنة عشرة» فهذا النص يبين أن أهلية الزواج تكمل بتمام الثامنة عشرة ، أي الثامنة عشرة سنة ، ولكن كلمة سنة تحتمل أن تكون سنة قمرية أو سنة شمسية ، فهي إذن من المشكل ، فلا بد من تبين المراد من السنة ، وهل هي قمرية أو شمسية؟ وعند التأمل نجد أن هذا القانون يتناول مسائل الأسرة ، وهي محكومة بالشريعة الإسلامية ، سواء منها ما قنن من أحكامها في هذا القانون أو ما ترك لها في غير المنصوص عليه في هذا القانون ، كما جاء في المادة الاولى منه ، وحيث أن الشريعة الإسلامية تعتبر السنة في حسابها السنة القمرية ، فيكون ذلك قرينة على أن المقصود بتمام الثامنة عشرة ، هو تمام الثامنة عشرة سنة قمرية .

٣٣٦ ـ حكم المشكل :

وعلى هذا ، فإن حكم المشكل : هو البحث والنظر في القرائن والدلائل الدالة على المعنى المراد من اللفظ المشكل والعمل بما يؤدي إليه البحث والنظر ، وذلك بأن ننظر أولاً في مفهومات اللفظ جميعها فتضبطها ، ثم نتأمل فيها لاستخراج المعنى المقصود .

ثالثاً: المجمل(١)

٣٣٧ - المجمل في اللغة: المبهم، مأخوذ من أجمل الأمر أبهمه. وفي الاصطلاح كما يقول الإمام السرخسي: لفظ لا يفهم المراد منه إلا باستفسار من المجمل، وبيان من جهته يعرف به المراد. فهو لفظ خفي المراد منه بحيث لا يدرك إلا ببيان من المتكلم به، إذ لا قرينة تدل على معناه الذي قصده المتكلم. فسبب الخفاء في المجمل لفظي لا عارضي، أي ان اللفظ المجمل لا يدل بصيغته على المراد منه، ولا توجد قرائن لفظية أو حالية تبينه، بل لا بد من الرجوع إلى الشارع نفسه لمعرفة المراد من اللفظ.

وسبب الإجمال قد يكون لأن اللفظ من المشترك الذي لا توجد معه قرائن تعين المعنى المطلوب منه، وقد يكون السبب غرابة اللفظ كما في لفظ «هلوع» في قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعاً﴾ [المعارج: ١٩] ولهذا فسرته الآية إذ جاء فيها بعده: ﴿إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعاً وَإِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعاً﴾. ومثله لفظ «القارعة» التي جاء تفسيرها في نفس الآية وهي قوله تعالى: ﴿الْقَارِعَةُ مَا الْقَارِعَةُ وَمَا أَدْرَاكَ مَا الْقَارِعَةُ يَوْمَ يَكُونُ النَّاسُ كَالْفَرَاشِ الْمَبْثُوثِ، وَتَكُونُ الْجِبَالُ كَالْعِهْنِ الْمَنْفُوشِ﴾ [القارعة: ١ - ٥].

وقد يكون سبب الإجمال نقل اللفظ عن معناه اللغوي إلى معناه الاصطلاحي كلفظ الحج والصلاة والزكاة، ولهذا بينت السنة النبوية المعاني الشرعية المرادة من هذه الألفاظ، ولولا بيان الشارع لما أمكن معرفة المعنى الشرعي الذي أراده الشارع من هذه الألفاظ.

٣٨٨ - حكم المجمل:

التوقف في تعيين المراد منه فلا يجوز العمل به إلا إذا وَرَدَ من الشارع ما يزيل إجماله ويكشف معناه. فإذا كان البيان وافياً قطعياً صار المجمل من المفسر كالبيان الذي صدر عنه ﷺ للزكاة والصلاة ونحوهما، وإن لم يكن البيان بهذه الكيفية صار

---

(١) «أصول» السرخسي ج ١ ص ١٦٨، خلاف ص ٣٠٤.

المجمل من المشكل فيحتاج إلى نظر وتأمل لإزالة إشكاله ومعرفة المقصود منه ، لأن الشارع لما بين ما أجمله بعض التبيين ، فتح الباب للتأمل والاجتهاد لمعرفة المعنى المقصود. ومثاله الربا ، ورد في القرآن مجملاً ، وبينته السنة النبوية بحديث الأموال الربوية الستة ، ولكن هذا البيان ليس وافياً ، لأنه لم يحصر الربا فيها ، فجاز الاجتهاد لبيان ما يكون فيه الربا قياساً على ما ورد في الحديث .

رابعاً : المتشابه(١)

٣٣٩ ـ هو اللفظ الذي خفي المراد منه ، فلا تدل صيغته على المراد منه ولا سبيل إلى إدراكه ، إذ لا توجد قرينة تزيل هذا الخفاء ، واستأثر الشارع بعلمه .

هذا ما قاله علماء الأصول في تعريف المتشابه ، ومثلوا له بالحروف المقطعة في أوائل السور مثل «حمعسق» . كما مثلوا له بآيات الصفات كقوله تعالى : ﴿الرَّحْمَٰنُ عَلَى الْعَرْشِ اسْتَوَى﴾ [طه : ٥] ، ﴿يَدُ اللهِ فَوْقَ أَيْدِيهِمْ﴾ [الفتح : ١٠] .

والحق أن المتشابه بالمعنى الذي أراده الأصوليون ليس من بحث الأصول وإنما هو من أبحاث علم الكلام ، ويكفينا هنا أن نقول متعجلين : إن الحروف المقطعة وآيات الصفات ليست من قبيل المتشابه الذي يريدونه ، فالحروف المقطعة جاءت لبيان أن القرآن الكريم مؤلف من هذه الحروف وأمثالها ، ومع هذا فقد عجز البشر عن محاكاته وهذه آية إعجازه وكونه من عند الله . وآيات الصفات معناها معروف ، وتحمل على المعنى اللائق بالله عز وجل ، أي تثبت له هذه الصفات على نحو يخالف صفات المخلوقين ، فكما أن ذات الله لا تشبه الذوات فكذلك صفاته لا تشبه الصفات ، وعلى هذا تدل الآية الكريمة :﴿لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ وَهُوَ السَّمِيعُ الْبَصِيرُ﴾ .

ويلاحظ هنا : ان الألفاظ المتشابهة لا توجد في آيات وأحاديث الأحكام الشرعية العملية كما ثبت ذلك بالاستقراء ، لأن نصوص الأحكام يراد بها العمل والتطبيق لا مجرد الاعتقاد ، ولا يمكن العمل بها إذا كانت متشابهة ، وحيث أنها شرعت للعمل بمقتضاها فيلزم أن لا يكون فيها أي اشتباه أو تشابه .

---

(١) «أصول» السرخسي ١ ج ص ١٦٩ ، «أصول الفقه» لاستاذنا ابو زهرة ص ١٢٨-١٢٩ ، خلاف ص ٢٠٥ .

المبحث الرابع

كيفية دلالة اللفظ على المعنى

٣٤٠ ـ تمهيد:

تكلمنا في المبحث الثالث على تقسيمات اللفظ من حيث وضوح دلالته على المعنى أو خفائها. ونتكلم في هذا المبحث على طرق دلالة اللفظ على المعنى. واللفظ بهذا الاعتبار ينقسم إلى أربعة أقسام: دال بعبارة النص، أو بإشارته، أو بدلالته، أو باقتضائه.

ووجه هذا التقسيم أن المعنى قد يفهم من اللفظ عن طريق عبارة النص، أو إشارته، أو دلالته، أو اقتضائه، وهذه هي أقسام دلالة اللفظ على المعنى، وزاد الجمهور، غير الأحناف، دلالة خاصة هي مفهوم المخالفة. ونتكلم فيما يلي عن كل نوع من أنواع هذه الدلالات على حدة.

أولاً: عبارة النص(١)

٣٤١ ـ وهي دلالة اللفظ على المعنى المتبادر فهمه من نفس صيغته، سواء كان هذا المعنى هو المقصود من سياقه أصالة أو تبعاً. فكل معنى يفهم من ذات اللفظ، واللفظ مسوق لإفادة هذا المعنى أصالة أو تبعاً يعتبر من دلالة العبارة. ويطلق عليه المعنى الحرفي للنص، أي المعنى المستفاد من مفردات الكلام وجمله.

٣٤٢ ـ مثاله قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ دلت هذه الآية بعبارتها، أي بنفس ألفاظها على حرمة قتل النفس. ومثله، قوله تعالى:

---

(١) «أصول» السرخسي ١ ج ص ٢٣٦ المحلاوي ص ١٠١

﴿ وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ﴾ دلت الآية بعبارتها على فريضة الصلاةوالزكاة ،وهذا المعنى هو المقصود أصالة من سوق الآية .

وقد يكون سوق الكلام لإفادة معنيين أو ثلاثة أصالة وتبعاً ، مثل قوله تعالى : ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ يفهم منه بدلالة العبارة معنيان : الأول : نفي المماثلة بين البيع والربا ، وهذا المعنى هو المقصود الأصلي الذي سيقت الآية من أجله رداً على قول المشركين : «إنما البيع مثل الربا» . والمعنى الثاني : هو حل البيع وتحريم الربا ، وهذا المعنى هو المقصود التبعي من الآية أي ان سوق الكلام ما كان لبيان هذا المعنى أصالة ، بل تبعاً ، بدليل أنه كان من الممكن النص على نفي المماثلة من غير بيان حل البيع أو حرمة الربا ، فلما ذكر هذا المعنى دل ذلك على أنه مقصود تبعاً من سوق الآية ليتوصل به إلى إفادة المعنى المقصود الأصلي من الآية .

ومثله أيضاً : قوله تعالى : ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ [النساء : ٣] دلت الآية بعبار تها على ثلاثة معان :

الأول : إباحة النكاح

الثاني : قصر عدد الزوجات على أربع كحد أقصى للتعدد .

الثالث : الاقتصار على واحدة عند خوف الجور .

وهذه المعاني الثلاثة تفهم من عبارة النص وألفاظه ، وكلها مقصودة من سياقه ، إلا أن المعنى الأول هو المقصود التبعي من سياق الآية ، لأن الآية سيقت أصلاً للدلالة على المعنيين الأخيرين .

٣٤٣ ـ عبارة النص في القوانين :

والأمثلة على المفهوم من عبارة النص في القوانين الوضعية كثيرة جداً ، لأن كل نص قانوني إنما ساقه واضع القانون ليدل به على حكم خاص ، وصاغ ألفاظ النص

وعباراته لتدل دلالة واضحة عليه . فكل نص قانوني في أي قانون ، لا بد أن يكون له معنى تدل عليه عبارته ، من ذلك نص المادة ١٠٥٠ من القانون المدني العراقي : «لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدما» فهذا النص دل بعبارته على صيانة حق الملكية وعدم نزعها من صاحبها إلا في الأحوال التي نص عليها القانون ، وبعد دفع التعويض العادل مقدماً ، وهذا المعنى هو المقصود أصالة من سياق النص .

ومثله أيضاً : ما نص عليه قانون العقوبات في المادة ٦٠ : لا يسأل جنائياً من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الإدراك أو الإرادة لجنون أو عاهة في العقل أو بسبب كونه في حالة سكر أو تخدير نتجت عن مواد مسكرة أو مخدرة أعطيت له قسراً ، أو على غير علم منه بها . .

ومثله أيضاً : المادة ١٣٩ من القانون المدني العراقي «يضمن الغاصب إذا استهلك المال المغصوب أو أتلفه أو ضاع منه أو تلف كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعديه» .

ثانياً : إشارة النص(١)

٣٤٤ ـ هي دلالة اللفظ على معنى غير مقصود من سياقه لا أصالة ولا تبعاً ، ولكنه لازم للمعنى الذي سيق الكلام من أجله . فالنص لا يدل على هذا المعنى بنفس صيغته وعبارته ، وإنما يشير ويومىء إلى هذا المعنى بطريق الالتزام ، أي ان المعنى الذي يدل عليه النص بعبارته يستلزم هذا المعنى الذي يشير إليه ، فكانت دلالة اللفظ عليه بطريق الإشارة لا العبارة ، ولهذا قد يعبرون عن هذه الدلالة بأنها دلالة اللفظ على المعنى الذي لم يقصد من السياق دلالة التزامية . هذا ومن الجدير بالذكر أن دلالة الإشارة قد تكون خفية تحتاج إلى تعمق في النظر والتأمل . كما يجب التأكد من وجود

---

(١) «أصول» السرخسي ج ١ ص ٢٣٦-٢٣٧ ، الآمدي ج ٣ ص ٩٢-٩٣ وخلاف ص ١٦٦ وما بعدها ، المحلاوي ص ١٠٢ .

تلازم حقيقي بين المعنى الذي يدل عليه النص بعبارته، وبين المعنى الذي يدل عليه بإشارته، بل لا بد أن يكون التلازم بينهما لا انفكاك له ومن اللوازم الحقيقية.

٣٤٥ ـ الأمثلة من النصوص الشرعية:

أولاً: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

دلت هذه الآية بعبارتها على أن نفقة الوالدات المرضعات وكسوتهن على الوالد، وعلى أن نسب الولد إلى الأب دون الأم، لأن الآية الكريمة أضافت الولد لوالده بحرف الاختصاص وهو اللام في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُ﴾ ومن لوازم هذا المعنى الأخير معان أخرى تفهم بإشارة النص، ومنها:

أ ـ إن الأب ينفرد في وجوب النفقة عليه لولده، فكما لا يشاركه أحد في نسبة الولد إليه، لا يشاركه أحد في النفقة عليه.

ب ـ للأب أن يأخذ من مال ولده ما يسد به حاجته، لأن الولد نسب إلى الأب بلام الملك في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُ﴾ وتملك ذات الولد لا يمكن لكونه حراً، ولكن تملك ماله يمكن، فيجوز عند الحاجة إليه.

ثانياً: قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ ٱلرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَآئِكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٧]. يفهم من عبارة النص إباحة مخالطة الزوجة إلى آخر جزء من الليل، ولما كانت هذه الإباحة وامتدادها إلى هذا الوقت تستلزم أن الصائم قد يصبح جنباً، فيجتمع في حقه وصفان الجنابة والصيام، واجتماعهما يستلزم عدم تنافيهما وعدم فساد الصوم بالجنابة نظراً لإباحة أسبابها ومقدمتها. فالآية إذن دلت بعبارتها على إباحة قربان الزوجة إلى آخر لحظة من الليل، ودلت بإشارتها إلى جواز أن يصبح الصائم جنباً، وهذا غير مقصود من سياق الآية، لكنه لازم للمعنى الذي دلت عليه الآية بعبارتها.

ثالثاً: قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا مِن دِيَٰرِهِمْ وَأَمْوَٰلِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلاً

مِنَ اللهِ وَرِضْوَاناً﴾ [الحشر: ٨]. سيقت هذه الآية للدلالة على أن المهاجرين يستحقون نصيباً من الفيء، ويفهم منها بدلالة الإشارة أن هؤلاء المهاجرين قد زال ملكهم عن أموالهم في مكة، لأن الآية الكريمة عبرت عنهم بلفظ «للفقراء» فزوال ملكهم عن أموالهم معنى غير مقصود من سياق الآية لا أصالة ولا تبعاً، ولكنه لازم للفظ ورد في الآية وهو «للفقراء».

رابعاً: قوله تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [الأنبياء: ٧] دلت الآية بعبارتها على وجوب سؤال أهل الذكر، لأن هذا المعنى هو المقصود منها، وسؤال أهل الذكر يستلزم وجوب إيجاد أهل الذكر حتى يمكن أن يسألوا، وهذا المعنى غير مقصود من الآية، وإنما دلت عليه إشارة.

خامساً: قوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩]. دلت الآية بعبارتها على أن الأصل في الحكم في الإسلام هو الشورى، وهذا المعنى يستلزم وجوب إيجاد طائفة من الأمة تستشار في أمرها، إذ لا يمكن مشاورة كل فرد من الأمة، وهذا المعنى غير مقصود من سياق الآية فتكون دلالتها عليه بالإشارة.

سادساً: قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْراً﴾ [الأحقاف: ١٥] وقوله تعالى: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤]. يفهم من الآيتين بطريق الإشارة أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، كما هو واضح من ملاحظة الآيتين.

سابعاً: ومن ذلك قوله ﷺ: «اغنُوهُم عن المسألة في مثل هذا اليوم» فالحكم الثابت بعبارة النص وجوب أداء صدقة الفطر في يوم العيد إلى الفقير، لأن هذا الحديث الشريف مسوق أصلاً لبيان هذا الحكم وهو يفهم من نفس عبارته. والثابت بطريق الإشارة جملة أحكام منها:

أ ـ أنها لا تجب إلا على الغني، لأن الإغناء إنما يتحقق من الغني.

ب ـ يجب الصرف إلى المحتاج لا إلى الغني حتى يتحقق الإغناء.

جـ ـ الواجب يتأدى بمطلق المال، لأنه اعتبر الإغناء وهذا يحصل بالنقود وبغيرها.

ويلاحظ من الأمثلة السابقة أن المعاني الالتزامية المستفادة من إشارة النص قد تكون خفية لا تدرك إلا بتأمل دقيق ونظر عميق ، وقد لا يتفطن إليها البعض ، ولا يستطيع إدراكها إلا الفقهاء الراسخون في الفقه ، فضلاً عن أن العقول تتفاوت في الفهم فتختلف في إدراك المستفاد من النصوص بطريق الإشارة ، وهذا بخلاف ما يدرك من المعاني بدلالة عبارة النص ، إذ هذه تكون بدرجة من الوضوح بحيث يدركها حتى غير الفقيه .

٣٤٦ ـ الأمثلة على دلالة الإشارة في القوانين الوضعية :

أولاً : نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٧٨ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ :

«لا يجوز تحريك دعوى الزنى ضد أي من الزوجين أو اتخاذ أي إجراء فيها إلا بناء على شكوى الزوج الآخر» فهذه المادة دلت بطريق الإشارة على أن جريمة الزنى من قبل أحد الزوجين تعتبر جناية على حق الزوج الآخر وليس جناية على المجتمع ، لأن هذا المعنى لازم لمعنى مفهوم من عبارة النص ، وهو عدم تحريك الدعوى إلا من قبل الزوج الآخر . إذ لو كانت جريمة الزنى في نظر واضع القانون ، جناية على المجتمع يتعلق بها الحق العام كالسرقة مثلاً ، لما توقف تحريك الدعوى على شكوى الزوج الآخر ، كما هو الشأن في الجرائم العامة التي تعتبر اعتداء على المجتمع . ومسلك القانون العراقي مخالف لمسلك الشريعة الإسلامية التي تعتبر الزنى اعتداء على المجتمع والعقاب عليه حق لله ، أي حق للمجتمع ، ولا يتوقف تحريك دعوى الزنى على شكوى أحد الزوجين إذا كان الزنى وقع من أحدهما .

ونفس هذا المعنى المفهوم عن طريق الإشارة ، يفهم وبنفس الطريق ، من نص الفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ من قانون العقوبات العراقي ونصها :

«وللزوج كذلك أن يمنع السير في تنفيذ الحكم الصادر على زوجه» فالمفهوم

بالإشارة: أن زنى أحد الزوجين جناية على حق الزوج الآخر وليس جناية على المجتمع، لأن هذا المعنى لازم لحق إيقاف سير تنفيذ الحكم، لأنه لو كانت هذه الجريمة جناية على المجتمع ما ثبت له حق إسقاط العقوبة.

ثانياً: ومن المفهوم بالإشارة أيضاً ما تدل عليه المادة ٦ من قانون العقوبات العراقي، ونصها:
«تسري أحكام هذا القانون على جميع الجرائم التي ترتكب في العراق.. وفي جميع الأحوال يسري القانون على كل من ساهم في جريمة وقعت كلها أو بعضها في العراق، ولو كانت مساهمته في الخارج، سواء أكان فاعلاً أو شريكاً».

دلت هذه المادة بعبارتها على وجوب تطبيق أحكام قانون العقوبات العراقي على جميع مرتكبي الجرائم الواقعة في العراق بغض النظر عن جنسياتهم. ودلت بإشارتها على أن لا امتياز للأجانب في العراق من جهة الخضوع لقانون العقوبات العراقي، فهم كالعراقيين في الخضوع لأحكامه.

ثالثاً: ومن أمثلة المفهوم بالإشارة، ما دلت عليه المادة الخامسة عشرة من قانون التقاعد المدني رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٦ والتي نصت على أنه «لا تعتبر من الخدمة التقاعدية»:

١ ـ مدة الخدمة التي يؤديها الموظف بعقد خاص.. إلخ.

٢ ـ مدة خدمة الموظف قبل إكماله سن الثامنة عشرة من العمر.. إلخ.

٣ ـ مدة خدمة الموظف بعد إكماله سن الثالثة والستين من العمر.. إلخ.

٤ ـ مدة الخدمة المعتبرة تقاعدية بموجب قانون آخر من قوانين التقاعد العراقية مع أحكام المادة العاشرة من هذا القانون.

٥ ـ مدة الخدمة التي تكون خلالها خدمة الموظف مخالفة للقوانين المرعية.

فهذه المادة دلت بعبارتها على عدم احتساب مدة الخدمة المذكورة في فقراتها خدمة تقاعدية، ودلت بإشارتها على عدم استيفاء حصة تقاعدية من الرواتب التي تقاضاها الموظف عن هذا النوع من الخدمات التي لا تعتبر خدمة تقاعدية، لأن هذا المعنى لازم لعدم اعتبار هذه المدد في هذا النوع من الخدمات خدمة تقاعدية، لأن استيفاء الحصة التقاعدية يكون من رواتب الخدمة التي تعتبر تقاعدية.

ثالثاً: دلالة النص(١)

٣٤٧ ـ وهي دلالة اللفظ على أن حكم المنطوق، أي المذكور في النص، ثابت لمسكوت عنه لاشتراكهما في علة الحكم التي تفهم بمجرد فهم اللغة، أي يعرفها كل عارف باللغة دون حاجة إلى اجتهاد ونظر. وحيث أن الحكم المستفاد عن طريق دلالة النص يؤخذ من معنى النص لا من لفظه، سماها بعضهم «دلالة الدلالة»، وسماها آخرون بـ«فحوى الخطاب»، لأن فحوى الكلام هو معناه. وسماها الشافعية «مفهوم الموافقة»، لأن مدلول اللفظ في محل السكوت موافق لمدلوله في محل النطق، فيكون المسكوت عنه موافقاً في الحكم للمنطوق به. كما يسمي البعض هذه الدلالة بالقياس الجلي، ودلالة الأولى، لأن المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق به، لظهور العلة فيه على نحو أقوى من المنطوق به.

فإذا دل النص بعبارته على حكم في واقعة معينة ووجدت واقعة أخرى تساوي الأولى في العلة أو هي أولى منها، وكانت هذه المساواة أو الأولوية تفهم بمجرد فهم اللغة وبأدنى نظر وبدون اجتهاد وتأمل، فإنه يتبادر إلى الفهم أن النص يتناوله الواقعتين، وأن الحكم المنصوص عليه يثبت للمسكوت عنه، أي يثبت للواقعة الثانية.

---

(١) «أصول» السرخسي ج ١ ص ٢٤١-٢٤٣، «التلويح والتوضيح» ج ١ ص ١٣١. المحلاوي ص ١٠٣، «المسودة» ص ٣٤٦، والآمدي ج ٣ ص ٩٧-٩٥.

٣٤٨ ـ الأمثلة من النصوص الشرعية والقوانين الوضعية :

أ ـ من النصوص الشرعية :

أولاً : قوله تعالى : ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣]. النص دل بعبارته على حرمة التأفيف للوالدين من الولد، لما في هذه الكلمة من إيذاء لهما، فيتبادر إلى الفهم أن النص يتناول حرمة ضربهما وشتمهما لما في الضرب والشتم من أيذاء وإيلام أشد مما في كلمة «اف»، فيكون الضرب والشتم أولى بالتحريم من التأفيف، فيكون المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق، وهذا المعنى واضح لا يحتاج إلى اجتهاد أو تأمل.

ثانياً : قوله تعالى : ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً﴾ [النساء: ١٠]، فهذه الآية الكريمة أفادت بعبارتها تحريم أكل أموال اليتامى ظلماً. ويفهم منه بدلالة النص تحريم إحراقها أو تبديدها أو إتلافها بأي نوع من أنواع الإتلاف، لأن هذه الأمور تساوي أكل أموالها ظلماً بجامع الاعتداء على مال اليتيم القاصر العاجز عن دفع الاعتداء عنه. فيكون النص حرم بعبارته أكل أموال اليتامى ظلماً، وحرم إحراقها وإتلافها بطريق الدلالة. والمسكوت عنه في هذا المثال مساوٍ للمنطوق به في علة الحكم.

ثالثاً : قوله تعالى : ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾، يُفهَم من الآية بدلالة العبارة وجوب العدة على المطلقة للتأكد من براءة الرحم، وهذه العلة يفهمها أهل اللغة، وهي موجودة في المفسوخ زواجها بسبب من أسباب فسخ النكاح كالردة مثلاً، فتجب عليها العدة بدلالة النص، والعلة هنا في المسكوت عنه مساوية للعلة في المنطوق.

ومن هذا يتضح أن الفرق بين دلالة النص وبين القياس هو أن مساواة المفهوم الموافق، أي المسكوت عنه، للمنطوق به في العلة تفهم بمجرد فهم اللغة بلا حاجة إلى اجتهاد وتأويل. أما مساواة المقيس للمقيس عليه في العلة فلا تفهم إلا بالتأمل

والنظر والاجتهاد، ولا يكفي فيها مجرد فهم اللغة.

ب ـ من القوانين الوضعية:

ومن أمثلة دلالة النص، أو مفهوم الموافقة كما يسميها البعض، الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ من القانون المدني العراقي، ونصها: «لا يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد، إلا إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والضرر» المفهوم الموافق لحكم هذا النص هو جواز أن يكون الموجود وقت التعاقد محلاً للالتزام.

ومن أمثلته أيضاً: نص المادة ١٢٨٢ من القانون المدني العراقي: «ينقضي حق الارتفاق بعدم استعماله خمس عشرة سنة، فإن كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين كانت المدة ستا وثلاثين سنة». المفهوم الموافق انقضاء حق الارتفاق بعدم استعماله اكثر من المدة المذكورة في المادة، لأن الانقضاء في هذه الحالة أولى مما نصت عليه المادة لزيادة مدة الترك.

ومن الأمثلة أيضاً من القوانين الوضعية: ما نص عليه قانون العقوبات العراقي بشأن زنى الزوجين، فقد نصت المادة ٣٧٩ في فقرتها الثانية: «وللزوج كذلك أن يمنع السير في تنفيذ الحكم الصادر على زوجه» يفهم من دلالة هذا النص ان للزوج أن يطلب وقف السير في دعوى الزنى قبل الحكم فيها، لأن من يملك وقف تنفيذ الحكم بعد صدوره يملك بطريق الأولى وقف إجراءات الدعوى بشأنه.

رابعاً: اقتضاء النص[1]

٣٤٩ ـ الاقتضاء معناه في اللغة: الطلب. وفي الاصطلاح كما يقول السرخسي: «هو عبارة عن زيادة على المنصوص عليه يشترط تقديمه ليصير المنظوم مفيداً أو موجباً للحكم، وبدونه لا يمكن إعمال المنظوم» وبتعبير آخر: يراد بدلالة

(١) «أصول» السرخسي ج ١ ص ٢٤٨. «الآمدي» ج ٣ ص ٩١، المحلاوي ١٠٥.

اقتضاء النص دلالة اللفظ على مسكوت عنه يتوقف صدق الكلام وصحته واستقامته على ذلك المسكوت، أي على تقديره في الكلام.

٣٥٠ ـ الأمثلة:

أولاً: قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ . .﴾ إلخ. تقدير معنى النص: حرم عليكم نكاح أمهاتكم وبناتكم . . إلخ. وهذا المعنى دل عليه اللفظ عن طريق الاقتضاء، لأن التحريم لا ينصب على الذوات، وإنما على الفعل المتعلق بها، وهو هنا النكاح.

ثانياً: قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ . .﴾ أي أكلها والانتفاع بها، وهذا المعنى استفيد بدلالة اللفظ اقتضاء، لأن التحريم لا يتعلق بالذات كما قلنا، وإنما يتعلق بفعل المكلف فيقدر المقتضى في كل نص بما يناسبه.

ثالثاً: قول النبي ﷺ: «إنَّ الله رَفَعَ عن أُمتي الخطأ والنسيانَ وما استُكْرِهُوا عليه». فظاهر الكلام يدل على رفع الفعل الواقع خطأ أو نسياناً أو إكراهاً، أو ان الخطأ والنسيان والإكراه لا يوجد ولا يقع في الأمة. وكلا المعنيين غير صحيح، لأن ما يقع لا يمكن رفعه، ولأن هذه الأمور موجودة فعلاً في الأمة. فيقتضي صدق الكلام وصحته تقدير محذوف هو كلمة «حكم» أو كلمة «إثم» فيكون معنى الحديث الشريف: رفع عن أمتي حكم هذه الأشياء عمن صدرت عنه. فيكون الإثم مسكوتاً عنه، وقد توقف صدق الكلام على تقديره فيعتبر من مدلول الحديث بدلالة الاقتضاء.

رابعاً: قول الإنسان لآخر يملك شاة: تصدق بها على الفقراء عني بعشرة دنانير. فهذا الكلام يدل اقتضاء على شراء الشاة من مالكها بعشرة دنانير، لأن مالك الشاة لا ينوب عنه في التصدق بها على الفقراء، إلا بعد أن يتملكها الآمر بالشراء، فالشراء ثابت بدلالة اقتضاء النص.

٣٥١ ـ الخلاصة في الدلالات :

وخلاصة ما قلناه في دلالة العبارة والإشارة والدلالة والاقتضاء ، أن دلالة العبارة هي دلالة النص بصيغته وألفاظه على الحكم مع سوق الكلام له ، ويقال لهذا الحكم : إنه ثابت بعبارة النص .

وإن دلالة الإشارة هي دلالة النص بصيغته وألفاظه على الحكم من غير أن يكون الكلام مسوقاً له ، ويقال للحكم : إنه ثابت بإشارة النص .

وإن الدلالة ، أي دلالة النص، هي دلالته على الحكم لا بصيغة النص وألفاظه بل بروحه ومعقوله ، ويقال للحكم : إنه ثابت بدلالة النص .

وإن دلالة الاقتضاء ،هي دلالة النص لا بصيغته وألفاظه ولا بمعناه ، ولكن بأمر زائد اقتضى تقديره في الكلام ضرورة صحة واستقامة الكلام وصدقه . .

ومن هذه الخلاصة في الدلالات التي مرت يظهر لنا أن كل معنى يفهم من النص بطريق من طرق هذه الدلالات يعتبر من مدلولات النص وثابتاً به ، والنص دليلاً وحجة عليه ، ولهذا تعتبر هذه الدلالات الأربع دلالة منطوق، أي منطوق النص وهي تقابل دلالة المفهوم أي مفهوم المخالفة الذي سنتكلم عنه في الفقرة التالية .

خامساً : مفهوم المخالفة(١)

٣٥٢ ـ قلنا : إن دلالة اللفظ على مساواة المسكوت عنه للمنطوق في الحكم هو من الدلالات اللفظية ، ويسمى : دلالة النص أو مفهوم الموافقة .

أما دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه ، أي أن يكون المسكوت عنه مخالفاً للمنطوق به في الحكم ، فهذا يسمى مفهوم المخالفة . والحكم الأول يسمى : منطوق النص ، والحكم الثاني الثابت للمسكوت عنه يسمى: مفهوم المخالف أو دليل الخطاب . وفي هذا المعنى يقول الآمدي : «وأما مفهوم المخالفة فهو ما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت مخالفاً لمدلوله في محل النطق ، ويسمى: دليل الخطاب أيضاً . وإنما سمي دليل الخطاب لأن الخطاب دل عليه .

٣٥٣ ـ أنواعه :

ومفهوم المخالفة عند القائلين به أنواع ، أهمها وأشهرها ما يأتي :

أولاً : مفهوم الصفة :

وهو دلالة اللفظ المقيد بوصف على نقيض حكمه عند انتفاء ذلك الوصف . والمقصود بالوصف هنا مطلق القيد غير الشرط والغاية والعدد . فالوصف هنا يراد به ما هو أعم من النعت ، أي سواء كان نعتاً نحوياً مثل : في الغنم السائمة زكاة ، أو مضافاً نحو: سائمة الغنم ، أو مضافاً إليه ، نحو: مطل الغني ظلم ، أو ظرف زمان : كقوله تعالى : ﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ﴾ أو ظرف مكان ، نحو: بع في بغداد .

مثاله : قوله تعالى : ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥]. دلت الآية الكريمة على إباحة نكاح الإماء المؤمنات عند العجز عن نكاح الحرائر، ودلت الآية بمفهوم

(١) الآمدي ج ٣ ص ٩٩ وما بعدها ، المحلاوي ص ١٠٨ وما بعدها «المسودة» ص ٣٥٧ وما بعدها ، «أصول» السرخسي ١ ج ص ٢٥٥ وما بعدها ، «الإحكام» لابن حزم ج ٧ ص ٨٧ وما بعدها «إرشاد الفحول» ص ١٠٩ وما بعدها ، الشيخ خلاف ص ١٨٠ وما بعدها .

المخالفة على النهي عن نكاح الإماء غير المؤمنات.

ومثاله أيضاً: قوله تعالى ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] أفادت هذه الآية بمفهوم المخالفة حل حلائل الأبناء الذين ليسوا من الأصلاب.

ومثاله أيضاً: قول النبي ﷺ: «في السائمة زكاة» المفهوم المخالف: عدم وجوب الزكاة في غير السائمة.

وقوله ﷺ: «فمن باع نخلةً مؤبرة فثمرتها للبائع» المفهوم المخالف: أن ثمرة النخلة غير المؤبرة لا تكون للبائع.

ومثاله أيضاً: قول جابر: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم». والمفهوم المخالف: عدم مشروعية الشفعة فيما قسم.

ومثاله أيضاً: الحديث النبوي الشريف: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»، يدل بمفهومه المخالف: أن لي - أي مطل - المدين الفقير لا يحل عرضه وعقوبته.

ثانياً: مفهوم الشرط:

هو دلالة اللفظ المفيد لحكم معلق بشرط على ثبوت نقيضه عند انتفاء الشرط، أي إن التعليق بالشرط يوجب وجود الحكم عند وجود الشرط، ويوجب عدم الحكم عند عدم الشرط.

الأمثلة:

أ - قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ المفهوم المخالف: عدم إباحة نكاح الإماء المؤمنات عند القدرة على نكاح الحرائر.

ب - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. أفادت هذه الآية الكريمة بدلالة العبارة: وجوب النفقة للمطلقة طلاقاً بائناً إذا كانت حاملاً، ودلت بمفهوم المخالفة على انتفاء هذا الحكم عند

عدم الحمل .

جـ ـ قوله تعالى : ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾ [النساء : ٤] . أفادت الآية الكريمة : أن للزوج أن يأخذ من مهر زوجته ما تطيب به نفسها برضاها . وأفادت بمفهوم المخالفة : حرمة أخذ شيء من المهر إذا لم ترض الزوجة .

د ـ قول النبي ﷺ : «الواهب أحق بهبته إذا لم يثب عنها» . أفاد الحديث : أن للواهب حق الرجوع في هبته إذا لم يكن قد أخذ عوضاً عنها . والمفهوم المخالف : ليس للواهب الرجوع عن هبته إذا أخذ عوضاً عنها .

ثالثاً : مفهوم الغاية :

هو دلالة اللفظ الذي قيد الحكم فيه بغاية على نقيض ذلك الحكم بعد الغاية .

مثاله : قوله تعالى : ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة : ٢٣٠] . دل هذا النص على عدم حل المطلقة ثلاثاً ، وهذا الحكم مقيد بغاية هي زواجها بغير مطلقها ، فيدل مفهوم المخالف على حل زواجها بمطلقها بعد هذه الغاية ، أي بعد فرقتها من زوجها الثاني وانتهاء عدتها منه .

ومثله أيضاً : قوله تعالى : ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾ [البقرة : ١٨٧] . أفاد النص : إباحة الأكل والشرب في ليالي الصيام إلى طلوع الفجر . وأفاد بمفهومه المخالف : حرمة الأكل والشرب بعد هذه الغاية ، أي بعد طلوع الفجر .

ومثله أيضاً : ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ ، فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللهُ إِنَّ اللهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾ [البقرة : ٢٢٢] مفهومها المخالف : إباحة قربانهن بعد التطهر .

ومثاله أيضاً : قوله تعالى : ﴿فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللهِ﴾

[الحجرات: ٩]، دل بمفهومه المخالف على نفي القتال إذا فاءت الفئة الباغية إلى أمر الله.

رابعاً: مفهوم العدد:

وهو دلالة اللفظ الذي قيد الحكم فيه بعدد نقيض ذلك الحكم فيما عدا ذلك العدد، أي إن تعليق الحكم بعدد مخصوص يدل على انتفاء الحكم فيما عدا ذلك العدد زائداً كان أو ناقصاً.

مثاله: قوله تعالى: ﴿فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾، مفهومه المخالف: عدم جواز الجلد أقل أو أكثر من هذا العدد.

ومثاله أيضاً: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾، مفهوم المخالفة: عدم إجزاء الصيام بغير هذا العدد من الأيام.

ومثاله أيضاً: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾، يدل بمفهوم المخالفة على عدم جواز الجلد في حد الزنى أقل أو أكثر من هذا العدد.

خامساً: مفهوم اللقب:

هو دلالة اللفظ الذي علق الحكم فيه بالاسم العلم على نفي ذلك الحكم عن غيره، والمراد بالاسم العلم هنا: اللفظ الدال على الذات دون الصفة، سواء كان عَلَماً نحو: قام زيد، أو اسم نوع مثل: في الغنم زكاة.

مثاله: قوله تعالى: ﴿مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللهِ﴾ [الفتح: ٢٩]، مفهومه المخالف: غير محمد ليس رسول الله.

ومثاله أيضاً: قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ..﴾ الخ، بمفهوم المخالفة: عدم تحريم غير المذكورات في الآية.

ومثاله أيضاً: قول النبي ﷺ: «في البر صدقة» مفهومه المخالف: غير البر ليس فيه صدقة.

٣٥٤ ـ شروط العمل بمفهوم المخالفة :

مفهوم المخالفة بجميع أقسامه يدل على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت، سواء أكان حكم المنطوق إثباتاً أو نفياً. ويشترط للعمل به عند القائلين به أن لا يكون للقيد الذي قيد به الحكم فائدة أخرى سوى نفي حكم المنطوق للمسكوت، أي نفي الحكم عند نفي القيد، فإن كان له فائدة أخرى غير ذلك فإنه لا يكون حجة، ولا يصلح للعمل به، كأن يكون القيد أكثرياً، أي إن القيد خرج مخرج الغالب في أمور النساء كما في قوله تعالى في المحرمات من النساء: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] فقيد ﴿فِي حُجُورِكُمْ﴾ ليس قيداً إحترازياً، وإنما هو قيد أكثري بناء على أن عادة الناس جرت أن المرأة إذا تزوجت برجل وكان لها بنت من زوج سابق أنها تأخذها معها إلى بيت زوجها الجديد تربيها فيه، فلا يعمل بمفهومه المخالف، بمعنى أن الربيبة تحرم على الزوج بدخوله بأمها، سواء أكانت في حجره ورعايته أم لم تكن.

ومثاله أيضاً: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافاً مُضَاعَفَةً﴾ [آل عمران: ١٣٠] لا يعمل بمفهومه المخالف وهو جواز أكل الربا إذا لم يكن أضعافاً مضاعفة، لأن هذا القيد خرج مخرج الغالب في أمر التعامل بالربا، وهو ابتداؤه بقدر قليل ثم صيرورته مضاعفاً بمرور الزمن، أو إن هذا القيد ذكر لبيان الواقع، فالقيد إذن، ليس قيداً احترازياً، فلا يفيد العمل بمفهوم المخالفة.

وكذلك لا يعمل بمفهوم المخالفة إذا كان القصد من القيد إفادة التكثير والمبالغة كقوله تعالى: ﴿اسْتَغْفِرْ لَهُمْ أَوْ لاَ تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ إِنْ تَسْتَغْفِرِ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً فَلَنْ يَغْفِرَ اللهُ لَهُمْ﴾ [التوبة: ٨٠]. فذكر السبعين ليس بقيد احترازي، وأنما أريد به المبالغة في الاستغفار، وأنه مهما أكثر المستغفر فلا ينتفع به المستغفر له، فلا يدل بمفهومه المخالف على أن الاستغفار الزائد على هذا العدد ينتفع به المستغفر له.

٣٥٥ ـ حجية مفهوم المخالفة :

ذهب جمهور العلماء إلى عدم العمل بمفهوم المخالفة في مفهوم اللقب، وهو

الصحيح ، لأنه لا يفهم منه نفي الحكم عما سوى الاسم الذي أسند إليه الحكم .

فقول الرسول ﷺ : «في الغنم زكاة» لا يفهم منه عدم وجوب الزكاة في الإبل والبقر. وقول الرسول ﷺ : «في البر صدقة» لا يفهم منه عدم وجوب الزكاة في الشعير والذرة .

ولا فرق بين النصوص الشرعية ونصوص القوانين الوضعية وعبارات المؤلفين وعقود الناس في عدم الاحتجاج بمفهوم اللقب . فقول القائل : «دَيْن المتوفَّى يُؤدَّي من تركته» لا يفهم منه أن وصاياه الصحيحة النافذة لا تؤدى من تركته . وقول القائل : «البيع ينقل الملكية» لا يعني أن غير البيع لا ينقل الملكية . . وهكذا .

واتفق الأصوليون على الاحتجاج بمفهوم الوصف والشرط والغاية والعدد في غير النصوص الشرعية ، أي في عقود الناس وتصرفاتهم وأقوالهم وعبارات المؤلفين والفقهاء . وعلى هذا ، إذا قال الواقف : وقفت داري من بعدي على طلبة العلم في بغداد ، دل كلامه بمنطوقه على شمول هؤلاء بوقفه دون غيرهم . وإذا قال الموصي : أوصيت بثلث مالي لأقاربي الفقراء؛ كانت وصيته لهؤلاء دون أقاربه غير الفقراء . والسبب في حجية مفهوم المخالفة في أقوال الناس هو أن عرف الناس واصطلاحهم في الفهم والتعبير على هذا الوجه ، فإذا لم يعمل بمفهوم المخالفة كان في هذا إهدار لعقودهم وإرادتهم وهذا لا يجوز .

واختلف الأصوليون في الاحتجاج بمفهوم الوصف والشرط والغاية والعدد في النصوص الشرعية خاصة . فذهب جمهورهم إلى الاحتجاج به ، وذهب الأحناف إلى عدم الاحتجاج به .

وعلى هذا إذا ورد النص الشرعي دالاً على حكم في واقعه ، وكان مقيداً بوصف أو شرط أو حدد بغاية أو عدد فإنه يدل على نقيض حكمه في الواقعة التي عريت من هذه القيود ، على رأي الجمهور .

وعند الأحناف لا يكون النص حجة إلا على حكمه في واقعته التي ذكر فيها بهذه القيود ، وأما الواقعة التي انتفت عنها هذه القيود فإن النص لا يدل بمفهومه

المخالف على حكمها، وإنما يكون حكمها مسكوتاً عنه ويبحث عنه بأي دليل شرعي، فإذا لم يوجد دليل أخذ بدليل الاستصحاب، وهو أن الأصل في الأشياء الإباحة.

وحجة الأحناف: أن القيود التي ترد في النصوص الشرعية لها فوائد كثيرة، فإذا لم تظهر لنا هذه الفوائد لا نستطيع أن نجزم أن الفائدة لتلك القيود هي تخصيص الحكم بما وجد فيه القيد ونفيه عما سواه. والسبب في ذلك: أن مقاصد الشارع كثيرة لا يمكن الإحاطة بها، بخلاف مقاصد البشر إذ يمكن حصرها، ولهذا كان مفهوم المخالفة حجة في أقوالهم وليس بحجة في أقوال الشارع.

واحتجوا أيضاً: بأنه ليس من المطرد في أساليب اللغة العربية ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه، يدل على ذلك أن من قال لغيره: إذا جاءك فلان صباحاً فأكرمه؛ لا يفهم من ذلك: إذا جاءه مساء لا يكرمه، ولهذا يصح منه السؤال: وإذا جاءني مساء ألا أكرمه؟ وإذا كانت دلالة المنطوق على المسكوت ليست قطعية، فلا يمكن أن يكون النص الشرعي حجة عليه بمجرد احتمال هذه الدلالة، لأن الشأن في الاحتجاج بالنصوص الشرعية الاحتياط، والاحتياط يقضي بعدم الأخذ بمفهوم المخالفة.

واحتجوا أيضاً بأن كثيراً من النصوص الشرعية التي دلت على الحكم في الوقائع المقيدة ثبت نفس الحكم في الوقائع التي انتفى عنها القيد كقصر الصلاة بشرط الخوف، فإن القصر ثبت مع انتفائه مما يدل على عدم قطعية الأخذ بمفهوم المخالفة.
وأيضاً: فالملاحظ أن الشارع إذا أراد الأخذ بمفهوم المخالفة فإنه ينص عليه صراحة، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾.

وحجة الجمهور: أن القيود التي ترد في النصوص الشرعية لم ترد عبثاً، وإنما جاءت لفائدة، فإذا لم تكن لها فائدة سوى تخصيص الحكم بما وجد فيه القيد، فإنه يجب نفي الحكم عما لا يوجد فيه القيد، أي الأخذ بمفهوم المخالفة، لئلا يكون ذكر

القيد عبثاً ينزه عنه كلام الشارع . كما احتجوا : أن المألوف في أساليب اللغة العربية أن تقييد الحكم بقيد يدل على انتفائه ، حيث ينتفي القيد ، وهذا هو المتبادر الى الفهم ، فمن سمع قول رسول الله ﷺ : «مطل الغني ظلم» ، يفهم : أن مطل الفقير ليس ظلماً .

وقول الجمهور هو ما نميل إليه ميلاً خفيفاً ، لأن مقاصد الشريعة وإن كانت كثيرة لا يحاط بها ، إلا إذا لم تظهر للمجتهد فائدة للقيد سوى ما يظهر له من تخصيص الحكم بما وجد فيه القيد فإنه يغلب على ظنه أن ورود القيد إنما كان لهذه الفائدة ، فينتفي الحكم عما لا يوجد فيه هذا القيد . ويكفي الظن الغالب في العمل بدلالة مفهوم المخالفة ، لأن دلالة هذا المفهوم ظنية لا قطعية باتفاق القائلين به .

٣٥٦ ـ ثمرة الخلاف :

وثمرة الخلاف تظهر عند ورود نص مقيد بقيد ، فالقائلون بمفهوم المخالفة يثبتون الحكم لمنطوقة بهذا القيد ، وينفونه حيث ينتفي القيد . أما من لم يأخذ بمفهوم المخالفة فإنه يثبت الحكم لمنطوقه في المحل الذي ورد فيه ، ولا يثبت نقيض الحكم حيث ينتفي القيد ، وإنما يبحث عن حكمه في ضوء الأدلة الأخرى .

٣٥٧ ـ الأخذ بمفهوم المخالفة في تفسير القوانين الوضعية :

مفهوم المخالفة ، عدا مفهوم اللقب ، طريق سليم من طرق تفسير النصوص والتعرف على الأحكام التي دلت عليها ، ومن ثم يجب الأخذ به ، كما يجب الأخذ بمفهوم الموافقة عند تفسير نصوص القوانين الوضعية ، بل إن الأخذ به نص عليه أكثر من قانون عراقي ، فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على ما يأتي :

١ ـ تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها .

ونصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ على ما يأتي:

«تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها»والمقصود بكلمة «فحواها» : معناها ،أي مفهومها سواء قلنا: إن المقصود بمفهومها مفهومها الموافق والمخالف، أو قصرنا المراد بمفهومها على المفهوم المخالف فقط والأول أظهر وأرجح ، فيشمل معنى «فحواها» مفهومها الموافق والمخالف.

٣٥٨ ـ الأمثلة من القوانين على مفهوم المخالفة :

أولاً : نصت الفقرة ٤ من المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ :

«للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم إيفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج» .

مفهوم المخالفة ليس للزوجة طلب فسخ العقد إذا أوفى الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج ، وهذا النوع من المفهوم هو مفهوم الشرط .

ثانياً : نصت المادة الثامنة من قانون الأحوال الشخصية العراقي : «تكملة أهلية الزواج بتمام الثامنة عشرة» مفهومها المخالف : أن أهلية الزواج لا تكمل قبل تمام الثامنة عشر «مفهوم العدد» .

ثالثاً : نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة عشرة من قانون التقاعد المدني رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٦ :

«لا تعتبر من الخدمة التقاعدية : مدة خدمة الموظف قبل إكماله سن الثامنة عشرة من العمر ، وتستثنى من ذلك الممرضة فتحسب مدة خدمتها تقاعدية بعد إكمالها سن السادسة عشرة من العمر» .

المفهوم المخالف : تعتبر خدمة الموظف خدمة تقاعدية بعد إكماله سن الثامنة عشرة من العمر ، وعدم احتساب مدة خدمة الممرضة قبل إكمالها

سن السادسة عشرة من العمر خدمة تقاعدية «مفهوم الغاية».

رابعاً: نصت المادة ٦٠ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ على ما يأتي:

«لا يسأل جزائياً من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الإدراك أو الإرادة لجنون أو عاهة في العقل، أو بسبب كونه في حالة سكر أو تخدير نتجت عن مواد مسكرة أو مخدرة أعطيت له قسراً، أو على غير علم منه بها»، مفهومها المخالف: معاقبة مالك الإدراك أو الإرادة ومن تناول المواد المسكرة أو المخدرة، وهو مختار أو عالم بها «مفهوم الوصف».

خامساً: نصت المادة ٣١١ من قانون العقوبات العراقي على ما يلي:

«يعفى الراشي أو الوسيط من العقوبات إذا بادر بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية بالجريمة، أو اعترف بها قبل اتصال المحكمة بالدعوى».

المفهوم المخالف: إعفاء الراشي أو الوسيط من العقوبات إذا قام بالإبلاغ المطلوب، قبل اتصال المحكمة بالدعوى «مفهوم الشرط» كما يمكن اعتبار هذا النوع من مفهوم المخالفة مفهوم الغاية، فيعفى الراشي أو الوسيط لقيامه بالإبلاغ المطلوب إلى غاية محددة بالنص وهي اتصال المحكمة بالدعوى فقبل الاتصال هذا، يعفى المبلغ من العقوبة، وبعد الاتصال لا يعفى وإن بلغ.

سادساً: نصت المادة ٥٤٧ من القانون المدني العراقي على ما يأتي:

«إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري، إلا إذا حدث الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع».

المفهوم المخالف: تبعه الهلاك على المشتري بعد قبضه المبيع، أو بعد

إعذاره لتسلمه «مفهوم الغاية».

سابعاً: نصت المادة السادسة من القانون المدني العراقي:

«الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر».

المفهوم المخالف: الجواز غير الشرعي لا ينافي الضمان، واستعمال الحق استعمالاً غير جائز يترتب عليه الضمان «مفهوم الوصف».

ثامناً: نصت المادة ١٢٢٠ من القانون المدني العراقي:

«إذا مات المتصرف في أرض أميرية ولم يخلف أحداً من أصحاب حق الانتقال، فإن أرضه تنحل».

المفهوم المخالف: عدم انحلال الأرض الأميرية بموت المتصرف فيها إذا خلف أحداً، من أصحاب الانتقال «مفهوم الشرط».

تاسعاً: نصت المادة ١٢٨٢ من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى:

«ينقضي حق الارتفاق بعدم استعماله خمس عشرة سنة، فإن كان الارتفاق مقرر لمصلحة عين موقوفه كانت المدة ستاً وثلاثين سنة».

المفهوم المخالف: عدم انقضاء حق الارتفاق بعدم استعماله، أقل من المدد المذكور «مفهوم العدد».

عاشراً: نص قانون جامعة بغداد رقم ١٨١ لسنة ١٩٦٨ في مادته الثامنة والثلاثين على ما يأتي:

أ ـ يلغى القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٨ وتبقى الأنظمة والتعليمات الصادرة بموجب القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٦٣ التي لا تتعارض وأحكام هذا القانون نافذة حتى يستبدل بها غيرها».

المفهوم المخالف: أن الأنظمة والتعليمات التي تشير إليها المادة لا تبقى

نافذة بعد أن يستبدل بها غيرها «مفهوم الغاية»، كذلك لا تبقى قبل استبدالها إذا كانت تتعارض وأحكام هذا القانون «مفهوم الوصف».

أحد عشر: نص قانون الأحوال الشخصية العراقي في الفقرة ٢ من المادة التاسعة والخمسين على ما يأتي:

«تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى ويصل الغلام إلى الحد الذي يتكسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم».

المفهوم المخالف: أن النفقة تنقطع عند بلوغ الغاية التي نصت عليها هذه المادة وهي: زواج الأنثى، أو بلوغ الغلام السن الذي يكتسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم «مفهوم الغاية».

اثنا عشر: نص قانون جامعة بغداد رقم ٥١ لسنة ١٩٦٣ في الفقرة (ب) من المادة ١٥ على ما يأتي:

«يتم تعيين رئيس الجامعة بمرسوم جمهوري لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد».

المفهوم المخالف: عدم جواز تعيينه لمدة أقل أو أكثر من ثلاث سنوات «مفهوم العدد».

الفصل الثاني

مقاصد الشَريعة الاسلاميَّة(١)

٣٥٩ ـ معرفة مقاصد الشريعة العامة أمر ضروري لفهم النصوص الشرعية على الوجه الصحيح ، ولاستنباط الأحكام من أدلتها على وجه مقبول ، فلا يكفي أن يعرف المجتهد وجوه دلالات الألفاظ على المعاني ، بل لا بد لـه من معرفـة أسرار التشريع والأغراض العامة التي قصدها الشارع من تشريعه الأحكام المختلفة حتى يستطيع أن يفهم النصوص ويفسرها تفسيراً سليماً ، ويستنبط الأحكام في ضوء هذه المقاصد العامة .

٣٦٠ ـ وقد ثبت بالاستقراء وتتبع الأحكام المختلفة في الشريعة أن القصد الأصلي لها هو تحقيق مصالح العباد وحفظ هذه المصالح ودفع الضرر عنهم ، إلا ان هذه المصالح ليست هي مايراه الإنسان مصلحة له ونفعاً حسب هواه ، وإنما المصلحة ما كانت مصلحة في ميزان الشرع لا في ميزان الأهواء والشهوات ، فالإنسان قد يرى ـ مدفعواً بهواه ـ النافع ضاراً ، والضـار نافعـاً ، متأثـراً بشهواتـه النفسية وتـطلعه واستشرافه إلى النفع العاجل اليسير ، دون التفات إلى الضرر الأجل الجسيم ، فقد يرى أن من النفع له أكل مال الناس بالباطل بالأساليب الخفية الملتوية ، أو باحتكار أقواتهم ، أو بأخذ الربا ليزيد ماله بهذا الطريق المحرم الخبيث ، أو يقعد عن الجهاد ليتمتع بمتع الحياة ، وينسى هذا الإنسان أن هذه المنافع صورية لا حقيقية ، إذ هي في

---

(١) «الموافقات» للشاطبي ج ٢ ص ٢٥٢ وما بعدها ، الشيخ خلاف ص ٢٣٢ وما بعدها ، «مذكرات في أصول الفقه» لاستاذنا الزانز ف رحمه الله تعالى

جوهرها ضرر محض في العاجل والآجل.

من أجل هذا كله كان لا بد من بيان مقاصد الشريعة العامة، ليكون المكلف على علم بها فيعرف ما يأخذ وما يذر، ويزن بها مصالحه وأضراره.

ومقصد الشريعة، كما قلنا: تحقيق مصالح العباد بالإيجاد لها أولاً، ثم بحفظها ثانياً. وهذه المصالح هي ـ حسب الاستقراء ـ ثلاثة أنواع: الضروريات، والحاجيات، والتحسينيات. ولكل نوع منها مكملات، كما أنها ليست في الأهمية على مرتبة واحدة، وهاك البيان:

٣٦١ ـ الضروريات:

ويقصد بها: المصالح التي تتوقف عليها حياة الناس وقيام المجتمع واستقراره، بحيث إذا فاتت اختل نظام الحياة وساد الناس هرج ومرج، وعمت أمورهم الفوضى والاضطراب ولحقهم الشقاء في الدنيا والعذاب في الآخرة.

وهذه الضروريات هي: الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال.. وهذه المصالح راعتها الشرائع جميعاً، وإن اختلفت في طرق رعايتها والمحافظة عليها. والشريعة الإسلامية ـ وهي خاتمة الشرائع ـ راعتها على أتم وجوه الرعاية، فشرعت الأحكام لإيجادها أولاً، والمحافظة عليها ثانياً.

فالدين شرع لإيجاده: الإيمان بأركانه، وأركانه هي: الشهادتان ولوازمهما، والعقائد الأخرى كالإيمان بالبعث والحساب. وأصول العبادات: كالصلاة والصيام والحج والزكاة. فبهذه الأمور يوجد الدين وتستقيم أمور الناس وأحوالهم، ويقوم المجتمع على أساس قوي متين.

وشرع للمحافظة على الدين: الدعوة إليه، ورد الاعتداء عنه، ووجوب الجهاد ضد من يريد إبطاله ومحو معالمه، وعقوبة من يرتد عنه، ومنع من يشكك الناس في عقيدتهم، ومنع الافتاء بالباطل، أو بتحريف الأحكام ونحو ذلك.

والنفس شرع لإيجادها: الزواج. وشرع لحفظها: وجوب تناول ما به قوامها

من طعام وشراب ومعاقبة من يعتدي عليها، وتحريم تعريضها للهلكة.

والعقل، وهبةُ الله للناس فهم في أصله سواء. وشرع لحفظه: تحريم ما يفسده من كل مسكر، ومعاقبة من يتناول المسكرات والمخدرات.

والنسل، شرع لإيجاده: الزواج الشرعي. وشرع لحفظه وعدم اختلاطه: تحريم الزنى وعقوبة مرتكبه، وتحريم القذف ومعاقبة القاذف. وتحريم الإجهاض ومنع الحمل إلا للضرورة.

والمال، شرع لإيجاده: إباحة المعاملات المختلفة ووجوب السعي، وشرع للمحافظة عليه: تحريم السرقة، وحد السارق، وتحريم إتلاف مال الغير وتضمين ما يتلفه، والحجر على السفيه والمجنون ونحوهما.

٣٦٢ ـ الحاجيات:

وهي الأمور التي يحتاج إليها الناس لرفع الحرج والمشقة عنهم، وإذا فاتت لا يختل نظام الحياة ولكن يلحق الناس المشقة والعنت والضيق. والحاجيات كلها ترجع إلى رفع الحرج عن الناس، وقد جاءت الشريعة بالأحكام المختلفة لتحقيق هذا الغرض.

ففي العبادات، شرعت الرخص دفعاً للحرج، فأباح الشارع الفطر للمريض والمسافر، والصلاة من قعود عند المرض، والجمع في السفر، والتيمم عند فقد الماء، والاتجاه لغير القبلة في السفينة أو الطائرة إذا غيرت اتجاهها عن القبلة التي بدأ صلاته إليها.

وفي المعاملات، شرعت أنواع المعاملات استثناء من القواعد العامة، فأباح الشارع السلم والاستصناع والإجارات والمزارعة، وشرع الطلاق للخلاص من زوجية لم تعد صالحة للبقاء والاستمرار.

وفي العقوبات، شرع قاعدة درء الحدود بالشبهات، والدية على العاقلة في القتل الخطأ تخفيفاً عن القاتل.

هذا وقد دل على مراعاة الشريعة للمصالح الحاجية، فضلاً عن النصوص الجزئية، النصوص العامة من ذلك قوله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾ [المائدة: ٦] ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] ﴿يُرِيدُ اللهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

٣٦٣ ـ التحسينيات:

وهي التي تجعل أحوال الناس تجري على مقتضى الآداب العالية والخلق القويم، وإذا فاتت لا يختل نظام الحياة، ولا يلحق الناس المشقة والحرج، ولكن تصير حياتهم على خلاف ما تقتضيه المروءة ومكارم الأخلاق والفطر السليمة. وقد راعت الشريعة هذه المصالح التحسينية في العبادات والمعاملات والعادات والعقوبات.

ففي العبادات، شرع ستر العورة، ولباس الثياب الجيدة عند دخول المساجد، والتقرب بالنوافل من الصدقات والصلاة والصيام.

وفي المعاملات، شرع الامتناع عن بيع النجاسات، وعن الإسراف، وبيع الإنسان على بيع أخيه.

وفي العادات، ندب إلى الأخذ بآداب الأكل والشرب، كالأكل باليمين ومما يلي الإنسان وترك المآكل الخبيثة، والتخلق بالأخلاق الفاضلة.

وفي العقوبات، حرم التمثيل بالقتيل قصاصاً أو في الحروب، كما حرم قتل النساء والأطفال والرهبان في الحروب.

٣٦٤ ـ مكملات المصالح:

ولكل من الضروريات والحاجيات والتحسينيات مكملات تؤدي إلى تحقيقها وحفظها على أتم الوجوه.

ففي الضروريات، شرع الأذان والصلاة جماعة تكملة لفريضة الصلاة.

وشرع وجوب التماثل بين الجاني والمجني عليه لوجوب القصاص حتى يؤدي غرضه من الزجر والردع، ويمنع إثارة العدوان والبغضاء. ولما شرع الزواج لإيجاد النفس والنسل شرع الكفاءة بين الزوجين ليكون ذلك أدعى إلى حسن العشرة بين الزوجين ودوام الألفة بينهما، كما شرع جواز النظر إلى المخطوبة. ولما حرم الزنى حفظاً للنسل حرم ما يفضي إليه من الخلوة بالمرأة والنظر إليها بشهوة وسفر المرأة منفردة من غير محرم. ولما شرع لحفظ العقل تحريم الخمر ومعاقبة شاربها حرم شرب القليل منها وإن لم يسكر. سداً لذريعة مفسدة الإسكار بشرب الكثير. ولما شرع لإيجاد المال أنواع المعاملات شرع ما يكملها محافظة على المقصود منها، فنهى عن الغرر وبيع المعدوم وجهالة المبيع، ونحو ذلك.

وفي الحاجيات، لما شرع أنواع المعاملات الدافعة للحرج عن الناس شرع الشروط الجائزة، ومنع المحظورة التي تثير النزاع بين الناس. ولما شرع الدية على العاقلة تخفيفاً عن القاتل خطأ، شرعها منجمة، وعلى القادرين على أدائها، وبمقادير يسيرة يسهل أداؤها.

وفي التحسينات لما ندب إلى التطوع في الصدقات شرع تحري الوسط من المال للإنفاق منه، وجعل الشروع في نوافل العبادات موجباً إلى إكمالها.

ويلاحظ أخيراً في موضوع المكملات: أن الحاجيات تعتبر مكملة للضروريات، وأن التحسينات تعتبر مكملة للحاجيات.

٣٦٥ ـ مراتب المصالح في الأهمية:

والمصالح بأنواعها الثلاثة، ليست سواء في الأهمية، فأولاها بالرعاية: الضروريات، ثم الحاجيات، ثم التحسينات، وعلى هذا فما شرع من أحكام للأولى أهم مما شرع للثانية، وما شرع للثانية أهم مما شرع للثالثة، ويترتب على هذا وجوب رعايتها بهذا الترتيب، بمعنى أنه لا يجوز العناية بالحاجيات إذا كانت مراعاتها تخلّ بالضروريات، ولا يجوز مراعاة التحسينيات إذا كان في ذلك إخلال بالضروريات

والحاجيات ، ولا يجوز مراعاة المكملات إذا كان في مراعاتها إخلال فيما هو أصل لها .
وبناء على هذه الضوابط يباح كشف العورة ، وإن كان سترها مطلوباً ، إذا كان كشفها يستدعيه إجراء الفحص والعلاج ، لأن ستر العورة تحسيني ، والعلاج لحفظ النفس ضروري . ويباح تناول الخبائث كالميتة حفظاً للنفس ، لأن حفظها ضروري . ولا يجوز دفع الحرج والمشقة عن الإنسان إذا كان في هذا الدفع تفويت لما هو ضروري ، فالعبادات مثلاً تجب ، وإن كان فيها شيء من المشقة ، لأن إتيانها ضروري لحفظ الدين ، وحفظ الدين من المصالح الضرورية .

وكما لا يراعى تحسيني او حاجي إذا كان في هذه المراعاة إخلال بالضروري ، فكذلك الضروريات لا يراعى أقلها أهمية إذا كان في هذه المراعاة تفويت لما هو أكثر أهمية منها . فلا يجوز القعود عن الجهاد جبناً وضناً بالنفس ، لأن في هذا القعود تفويتاً لحفظ الدين وردالاعتداء وصيانة دار الإسلام ، وهذه أمور ضرورية أهم من حفظ النفس ، وإن كان كلاهما ضرورياً . ويباح شرب الخمر ، بل لا يجوز الامتناع عنه إذا تعين طريقاً لحفظ النفس من الهلاك ، لأن حفظها أهم من حفظ العقل .

٣٦٦ ـ ما يترتب على هذه المقاصد من مبادىء وقواعد :

وعلى أساس مراعاة المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية ، نتجت جملة مبادىء عامة استنبطها الفقهاء ، بناء عليها ، وفرعوا منها فروعاً كثيرة . ومن هذه المبادىء والقواعد العامة ما يأتي :

أولاً : الضرر يزال .

وينبني على هذا المبدأ ويتفرع عنه : ثبوت حق الشفعة لمن له هذا الحق ، ووجوب الضمان في المتلفات ، وخيار الرد بالعيب ، والأخذ بأساليب الوقاية الطبية أيام فشو الأمراض والأوباء ، إلخ .

ثانياً : يدفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص .

ومن فروع هذه القاعدة : القصاص من القاتل ، وقطع يد السارق ، وهدم

الجدار المائل في الطريق، ومنع الطبيب الجاهل والمفتي الماجن، وتسعير البضائع عند الضرورة. . إلخ.

ثالثاً: يدفع أشد الضررين بتحمل أخفهما.

ومن فروع هذه القاعدة: تطليق الزوجة للضرر أو للعجز عن النفقة أو للغيبة. وكذلك جواز الصلاة بلا طهارة عند العجز التام عنها، أو بدون ستر العورة عند تعذر سترها. . إلخ.

رابعاً: درء المفاسد أولى من جلب المنافع.

ومن فروعها: منع المالك من التصرف في ملكه على نحو يضر بالآخرين، ومنع تصدير بعض السلع إذا كان في الناس حاجة إليها، وإن فوت على البعض بعض الأرباح.

خامساً: الضرورات تبيح المحظورات.

ومن فروعها: تناول المحرمات عند الضرورة، وتقييد بعض المباحات.

سادساً: الضرورات تقدر بقدرها.

ومن فروعها: عدم تناول المحرم عند الضرورة إلا بقدر ما تندفع به الضرورة، وما جاز لعذر يبطل بزوال العذر.

سابعاً: المشقة تجلب التيسير.

ومن فروعها: تشريع الرخص، وفسخ النكاح إذا وجدت الزوجة في زوجها عيباً كانت تجهله وقت العقد، وجواز القرض والحوالة والحجر.

ثامناً: الحرج مرفوع.

من فروعها: قبول شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال، والاكتفاء بالظن الراجح دون الجزم في قبول الشهادة.

تاسعاً: لا يجوز ارتكاب ما يشق على النفس.

ومن فروعها: منع القيام طول الليل، والوصال في الصوم، والرهبانية كالامتناع عن النكاح.

الفصل الثالث

تعارض الأدلة والترجيح والنسخ

٣٦٧ - تمهيد :

التعارض بين الأدلة الشرعية، معناه في أبحاث الأصول: تناقضها، بأن يقتضي دليل شرعي حكماً معيناً في مسألة معينة، ويقتضي دليل آخر حكماً آخر في نفس المسألة.

والتعارض بهذا المعنى لا يتصور وقوعه في الأدلة الشرعية في الواقع وحقيقة الأمر، لأن الأدلة في الشريعة نصبت لإفادة الأحكام والدلالة عليها، وبهذا يمكن العمل بمقتضاها ويتحقق شرط التكليف، وهو إمكان العلم بالأحكام ما دام المكلف عاقلاً بالغاً. فيستحيل إذن أن تتعارض الأدلة ويفهم المقصود منها، لأن التعارض يعني التناقض والتجهيل وإبهام المقصود وفوات شرط التكليف، وكل هذا لا يجوز في الشريعة الإسلامية، ويستحيل على المشرع الحكيم عز وجل.

إلا انه إذا استحال وقوع التعارض في واقع الأمر، فإنه لا يستحيل بالنسبة لأنظار المجتهدين، فقد يبدو لبعضهم أن بعض الأدلة يعارض بعضاً لقصور في فهم المجتهد وضعف في إدراكه وعدم إحاطته بأدلة المسألة ووجوهها، فيكون التعارض ظاهرياً لا حقيقياً. وقد وضع الأصوليون قواعد لإزالة هذا التعارض الظاهري في النصوص والأدلة. ومن هذه القواعد: العلم بالناسخ والمنسوخ، وطرق ترجيح دلالات الألفاظ بعضها على بعض، وغير ذلك من طرق الترجيح وإزالة التعارض مما سنذكره في هذا الفصل.

وعلى هذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : للكلام عن النسخ خاصة وبيان معناه ومحله وزمانه وما يتعلق بذلك .

المبحث الثاني : للكلام عن قواعد الترجيح ورفع التعارض بين الأدلة والنصوص .

المبحث الأول

النسخ

٣٦٨ ـ النسخ لغة: الإزالة والنقل.

وفي الاصطلاح: رفع الحكم الشرعي بدليل شرعي متأخر عنه. ويسمى هذا الدليل بالناسخ. ويسمى الحكم الأول بالمنسوخ. ويسمى هذا الرفع بالنسخ.

وقد وقع النسخ في القرآن، ومن أظهره الذي لا ينازع فيه أحد، نسخ التوجه إلى بيت المقدس في الصلاة إلى التوجه إلى المسجد الحرام، قال تعالى: ﴿قَدْ نَرَى تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي السَّمَاءِ فَلَنُوَلِّيَنَّكَ قِبْلَةً تَرْضَاهَا فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَحَيْثُمَا كُنتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ﴾ [البقرة: ١٤٤].

والنسخ قد يكون كلياً، أي برفع الحكم الأول كله، كما في نسخ القبلة من بيت المقدس إلى المسجد الحرام، وقد يكون جزئياً، أي برفع الحكم السابق عن بعض أفراده الذين كان الحكم ينطبق عليهم، ومثاله: قوله تعالى في القذف: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً﴾ [النور: ٤]. فقد نسخ حكم هذه الآية: عند الحنفية، بالنسبة للأزواج إذا قذفوا زوجاتهم بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ..﴾ [النور: ٦] إلخ . فصار حكم الزوج إذا قذف زوجته ولم يكن عنده بينة أن يلاعن، أي يحلف أمام القاضي أربع مرات بالله تعالى إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنى ويحلف الخامسة أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين، ثم تحلف الزوجة

أربع مرات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنى، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، فإذا تم اللعان بين الزوجين فرق القاضي بينهما.

٣٦٩ ـ حكمة النسخ:

النسخ وقع فعلاً في الشريعة كما قلنا، والحكمة منه: مراعاة مصالح العباد، ذلك أن المقصد الأصلي من تشريع الأحكام: تحقيق مصالح العباد، كما بينا سابقاً، فإذا رُئي أن المصلحة تقتضي في زمان ما تبديل هذا الحكم، كان هذا التبديل يتفق والقصد من التشريع. كما إن النسخ يتفق والأصل المقرر في الشريعة وهو التدرج في تشريع الأحكام رعاية لمصالح العباد، فمن ذلك: الصلاة شرعت أولاً ركعتين في الغداة، وركعتين في العشي، ثم جعلت خمس صلوات في أوقاتها الحالية وبركعاتها المعروفة، بعد أن تروضت النفوس عليها واطمأنت بها.

٣٧٠ ـ النسخ والتخصيص:

قد يلتبس النسخ الجزئي بالتخصيص، ذلك أن تخصيص العام يرفع حكمه عن بعض أفراده ويجعله قاصراً على ما عدا ما تناوله المخصص. وكذلك النسخ الجزئي، يرفع حكم العام عن بعض أفراده ويجعل الحكم قاصراً على البعض الآخر. ومع هذا فإن بينهما فرقاً، هو أنه في حالة النسخ يكون الحكم قد تناول جميع الأفراد ابتداء، ثم رفع بالنسبة إلى بعضها بالدليل الناسخ ويقي الحكم فيما عدا ذلك. أما في حالة التخصيص، فإن حكم العام تعلق ببعض أفراده ابتداءً، بمعنى: أن المخصص كشف لنا أن مراد المشرع من العام من أول الأمر لم يكن شمول جميع أفراد العام بالحكم بل بعضها، ولهذا يشترط في المخصص أن يكون مقارناً للعام، أو على الأقل وارداً قبل العمل به. وبخلاف النسخ الجزئي، إذ يشترط فيه أن يكون متراخياً عن وقت العمل به.

٣٧١ ـ أنواع النسخ :

النسخ قد يكون صريحاً بأن ينص الشارع صراحة على النسخ ، ومثاله : قول النبي ﷺ : «كنت قد نهيتكم عن زيارة القبور ، ألا فزوروها فإنها تذكركم الآخرة» .

وقد يكون النسخ ضمنياً، بمعنى : أن الشارع لا ينص صراحة على النسخ ، ولكن يشرع حكماً معارضاً لحكم سابق دون نص صريح على نسخ الأول ولا يمكن الجمع بينهما، فيكون تشريع الحكم اللاحق ناسخاً ـ ضمناً ـ للحكم السابق .

ومثال النسخ الضمني : قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ [البقرة: ٢٤٠] فهذه الآية أفادت أن عدة المتوفى عنها زوجها سنة كاملة ، وقد كان هذا الحكم في أول الإسلام ، ثم ورد قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ [البقرة: ٢٣٤] فهذه الآية دلت على أن عدة المتوفى عنها زوجها هي أربعة أشهر وعشرة أيام ، فتكون ناسخة ـ ضمناً ـ لحكم الآية الأولى ، لأنها نزلت بعدها .

٣٧٢ ـ وقت النسخ ، وما يجوز نسخه من الأحكام:

النسخ إنما يكون في حياة النبي ﷺ فقط ، فلا يجوز بعد وفاته ، لأن النسخ يكون بالوحي ولا وحي بعد رسول الله ﷺ ، ولأن النسخ يجب أن يكون بقوة المنسوخ ، كما سنذكر، ولا شيء في قوة الوحي إلا الوحي ، وقد انقطع بعد وفاة الرسول الكريم ﷺ . وعلى هذا لا يجوز بتاتاً نسخ شيء من أحكام الشريعة الإسلامية بعد وفاة النبي ﷺ .

أما الأحكام التي يجوز نسخها، فهي الأحكام الفرعية التي تقبل التبديل والتغيير، أما الأحكام الأخرى فلا يجوز نسخها، مثل الأحكام الأصلية : كأحكام العقائد ، مثل الإيمان بالله واليوم الآخر والحساب ، ومثل حرمة الشرك والظلم والزنى ، ومثل أمهات الفضائل والأخلاق كالعدل والصدق وبر الوالدين ، فهذه

الأحكام لا يتصور أن تكون في وقت أو حال أو ظرف على صفة تستدعي تبديلها أو تغييرها، فهي ثابته مهما تغيرت الظروف والأحوال والأزمان. وكذلك الأحكام الفرعية التي لحق بها ما جعلها مؤبدة لا يجوز نسخها، مثل قوله ﷺ: «والجهاد ماضٍ إلى يوم القيامة».

٣٧٣ ـ ما يجوز به النسخ:

القاعدة في النسخ: إن الدليل الناسخ يجب أن يكون في قوة الدليل المنسوخ، أو أقوى منه، وأن يرد بعده لا قبله. وعلى هذه القاعدة تفرعت عدة قواعد وترتبت عدة نتائج منها: ـ

أولاً: نصوص القرآن يجوز نسخ بعضها ببعض، لأنها في قوة واحدة.

ثانياً: يجوز نسخ القرآن بالسنة المتواترة وبالعكس، لأن المتواتر من السنة كالقرآن في قطعية الثبوت ووحدة المصدر وهو الوحي.

ثالثاً: يجوز نسخ سنة الآحاد بمثلها، أو بأقوى منها.

رابعاً: الإجماع لا يكون ناسخاً لنص من الكتاب أو السنة، لأن النص إن كان قطعي الدلالة امتنع انعقاد الإجماع على خلافه، وإن كان ظني الدلالة وانعقد الإجماع على خلافه، كان معنى هذا وجود دليل آخر ترجح في نظر الفقهاء المجمعين على النص الظني الدلالة، فيكون ذلك الدليل الذي ابتني عليه الإجماع هو الناسخ لا الإجماع ذاته.

خامساً: لا يكون النص من الكتاب والسنة ناسخاً للإجماع، لأن الناسخ يجب أن يكون متأخراً عن المنسوخ، ونصوص الكتاب والسنة متقدمة على الإجماع، إذ الإجماع كدليل شرعي لا يعتبر حجة إلا بعد وفاة النبي ﷺ، كما قلنا من قبل.

سادساً: الإجماع المبني على نص من الكتاب او السنة أو القياس لا يجوز نسخه بإجماع آخر. أما الإجماع المبني على المصلحة فإنه يجوز نسخه بإجماع آخر إذا تغيرت

المصلحة ورُئي أن تحقيق المصلحة يكون بالإجماع على حكم آخر .

سابعاً : لا يصلح القياس ناسخاً لنص من الكتاب أو السنة أو للإجماع ، ولا منسوخاً بها ، لأن القياس لا يصار إليه إلا عند عدم وجود الحكم في الكتاب أو السنة أو الإجماع ، كما إن من شروط القياس أن لا يخالف الثابت في واحد منها وإلا لم يصح اعتباره .

ثامناً : لا يصلح القياس ناسخاً لقياس آخر ، لأن القياس مبناه الرأي والاجتهاد ، وهو حجة بالنسبة إلى المجتهد الذي توصل إليه باجتهاده ، أما غيره من المجتهدين فلا يكون حجة بالنسبة إليهم .

ولكن إذا كان القياسان صدرا عن مجتهد واحد ، فإن التعارض بينهما يثبت إلا إنه لا يكون أحدهما ناسخاً للآخر ، لأن مبنى القياس : الرأي والاجتهاد ، ولا مجال للرأي في نسخ الأحكام . وعلى المجتهد في هذه الحالة أن يبحث في ترجيح أحدهما على الآخر ، ويعمل بما يترجح في نظره ، كما في الاستحسان حيث يتجاذب المسألة قياسان فيرجح المجتهد أحدهما ، وغالباً ما يكون الراجح هو القياس الخفي لقوة علته وتأثيرها في الحكم ، وهذا ما يسمى بالاستحسان كما بينا من قبل .

المبحث الثاني

التعارض والترجيح

٣٧٤ ـ قلنا: إن الأدلة الشرعية لا تتعارض أبداً، وإنما يقع التعارض بينها في نظر المجتهد. ولهذا فهو تعارض ظاهري، وبالنسبة للمجتهد، وليس هو بتعارض حقيقي. وهذا التعارض الظاهري يعني اقتضاء كل واحد من الدليلين المتعارضين في وقت واحد حكماً معيناً في الواقعة المعينة التي يبحث المجتهد في معرفة حكمها، ويكون هذا الحكمان متعارضين أي مختلفين.

ويشترط لوقوع هذا التعارض الظاهري: أن يكون الدليلان في قوة واحدة كآيتين من القرآن الكريم، أو كحديثين من سنة الآحاد. وفي هذه الحالة يبحث المجتهد عن تاريخ ورود النصين، فإن علم تاريخهما حكم بأن المتأخر منهما ناسخاً للمتقدم. مثال ذلك: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾.

أفادت الآية الأولى: أن عدة المرأة المتوفى عنها زوجها سنة، وكان هذا في أول الإسلام، وأفادت الآية الثانية: أن عدة المرأة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام، وحيث أن هذه الآية متأخرة في النزول عن الأولى فتكون ناسخة لها، ويكون حكمها هو الثابت.

ومثاله أيضاً: الآية: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾، وقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ

حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤].

دلت الآية الأولى: على أن عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً، لا فرق بين حامل وغير حامل، ودلت الآية الثانية: على أن عدة الحامل المتوفى عنها زوجها تنتهي بوضع الحمل.

وقد ذهب الصحابي الجليل عبدالله بن مسعود، إلى أن الآية الثانية متأخرة في النزول عن الآية الأولى، فتكون ناسخة لها بالنسبة للحامل، فتعتد بوضع الحمل طالت مدته أو قصرت.

٣٧٥ ـ وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين، لجأ المجتهد إلى ترجيح أحد النصين على الآخر بطريق من طرق الترجيح الآتية:

أولاً: يرجح النص على الظاهر(١):

ومثاله: قوله تعالى، بعد أن بين المحرمات من النساء: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].

ظاهر الآية يدل على إباحة الزواج بأكثر من أربع زوجات من غير المحرمات من النساء. ولكن هذا الظاهر عارضه قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ فهذه الآية نص في تحريم نكاح ما زاد على الأربع، فيرجح على ظاهر الآية الأولى، ويحرم نكاح ما زاد على أربع زوجات.

ثانياً: يرجح المفسر على النص:

ومثاله: قول النبي ﷺ: «المستحاضة تتوضأ لكل صلاة» نص في إيجاب الوضوء على المستحاضة لكل صلاة ولو في وقت واحد، لأن هذا المعنى هو المتبادر فهمه، والمقصود أصالة من سياق الحديث ولكنه يحتمل التأويل، وقد عارضه قول النبي ﷺ في الرواية الثانية لهذا الحديث وهي: «المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة» أي ليس عليها إلا وضوء واحد في وقت كل صلاة ولو صلت في الوقت عدة

(١) قدمنا في المبحث الثالث من الفصل الأول: ان اللفظ الواضح الدلالة ينقسم الى أربعة أقسام هي: الظاهر والنص والمفسر والمحكم

صلوات. وهذا المعنى لا يحتمل التأويل فهو من المفسر فيرجح على الأول ويكون العمل بمقتضاه.

ثالثاً: يرجح المحكم على ما سواه من ظاهر أو نص أو مفسر:

ومن أمثلة ذلك: قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ نص في إباحة النكاح بغير المحرمات المذكورات قبله، فيشمل بعمومه إباحة الزواج بزوجات النبي ﷺ بعد وفاته، ولكن قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللهِ وَلَا أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَداً﴾ [الأحزاب: ٥٣] محكم في تحريم الزواج بزوجات النبي ﷺ بعد وفاته، فيقدم على نص الآية الأولى، ويترجح عليها، فيكون الحكم حرمة نكاح زوجات النبي ﷺ بعد وفاته.

رابعاً: يرجح الحكم الثابت بعبارة النص على الحكم الثابت بإشارته:

مثاله: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨]، وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا﴾ [النساء: ٩٣].

الآية الأولى: دلت بطريق العبارة على وجوب القصاص من القاتل. والآية الثانية، دلت بطريق الإشارة على عدم الاقتصاص من القاتل العمد، لأنها جعلت جزاءه الخلود في جهنم، وقصرت هذا الجزاء على القاتل العمد وهي تبين عقوبته، وهذا يدل بطريق الإشارة على أنه لا تجب عليه عقوبة أخرى بناء على قاعدة معروفة هي: إن الاقتصار في مقام البيان يفيد الحصر. ولكن رجح المفهوم بالعبارة على المفهوم بالإشارة،، ووجب القصاص من القاتل العمد.

خامساً: يرجح الثابت بإشارة النص على الثابت بدلالته:

مثاله: قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢]، وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا﴾ [النساء: ٩٣].

يفهم من الآية الأولى بطريق العبارة: وجوب الكفارة على القاتل الخطأ، ويفهم منها أيضاً بطريق الدلالة: وجوب الكفارة على القاتل العمد أيضاً، لأنه أولى من القاتل الخطأ في وجوب الكفارة عليه، لأن سبب الكفارة جناية القتل وهي في العمد أشد وأفظع منها في الخطأ، فكان وجوبها على العامد أولى من وجوبها على المخطىء.

ويفهم من الآية الثانية بطريق الإشارة على أن القاتل خطأ لا كفارة عليه في الدنيا، لأن الآية قصرت جزاءه على الخلود في جهنم، وهذا القصر في مقام البيان يفيد نفي أي جزاء آخر عنه. وهذا المعنى المستفاد بالإشارة يتعارض مع المعنى المستفاد من الآية الأولى بطريق الدلالة، فيكون المفهوم بالإشارة أرجح من المفهوم بالدلالة، ويكون الحكم عدم وجوب الكفارة على القاتل عمداً.

سادساً: ترجح دلالة المنطوق على دلالة المفهوم عند التعارض:

ومثاله: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافاً مُضَاعَفَةً﴾ فإذا اعتبرنا فيها مفهوم المخالفة فإنه يعارض قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لاَ تَظْلِمُونَ وَلاَ تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩] لأنه يفيد بمنطوقه حرمة الربا وان قل فيقدم على الأول.

٣٧٦ ـ الجمع والتوفيق:

وإذا تعذرت معرفة الناسخ، وانعدمت طرق الترجيح التي ذكرناها، وكان النصان في قوة واحدة، كما ذكرنا، فإن المجتهد يلجأ إلى الجمع والتوفيق بين النصين المتعارضين، فيوفق بينهما بطريق من طرق الجمع والتوفيق ويعمل بالنصين. ومن الأمثلة على ذلك:

أ ـ قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠].

وقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ، فَإِنْ كُنَّ

نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعاً فَرِيضَةً مِنَ اللهِ إِنَّ اللهَ كَانَ عَلِيماً حَكِيماً﴾ [النساء: ١١].

أوجبت الآية الأولى الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف. وأفادت الآية الثانية: أن الله سبحانه وتعالى عين نصيب الوالدين والأولاد والأقربين ولم يترك ذلك لمشيئة المورث.

فالآيتان متعارضتان، ولكن يمكن التوفيق بينهما بأن تحمل الآية الأولى على وجوب الوصية للوالدين والأقربين الذين لا يرثون لمانع كاختلاف الدين، وتحمل الآية الثانية على الوارثين المذكورين فيها.

ب ـ قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾. وقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾

ذهب بعض الفقهاء إلى أن الآية الثانية لم تنسخ الآية الأولى بالنسبة للحامل المتوفى عنها زوجها، وعلى هذا وفق هؤلاء الفقهاء بين الآيتين وقالوا: تعتد الحامل المتوفى عنها زوجها بأبعد الأجلين، بمعنى: أنها إذا وضعت حملها قبل مضي أربعة أشهر وعشراً من حين وفاة زوجها أتمت العدة أربعة أشهر وعشراً. وإن مضت هذه المدة ولم تلد استمرت في العدة إلى حين وضع الحمل.

٣٧٧ ـ ومن طرق الجمع والتوفيق ـ إذا كان أحد النصين عاماً والآخر خاصاً، أو كان إحداهما مطلقاً والثاني مقيداً ـ تخصيص العام بالخاص فيعمل الخاص فيما ورد فيه ويعمل بالعام فيما وراء ذلك. ويحمل المطلق على المقيد، أو يعمل بالمقيد في موضعه والمطلق فيما عداه على النحو الذي بيناه في أبحاث العام والخاص والمطلق والمقيد، وقد ذكرنا هناك الأمثلة على ذلك.

٣٧٨ ـ ومن طريق التوفيق تأويل أحد النصين على نحو لا يعارض النص

الآخر.

٣٧٩ ـ الترجيح بقوة الدليل :

وإذا اختلفت الأدلة في القوة، فالترجيح يجري بناء على قوة الدليل، وإن كان هذا الترجيح في الحقيقة لا يكون ترجيحاً بين متعارضين، لأن التعارض لا يكون بين أدلة مختلفة في القوة بل بين متساوية في القوة، كما أشرنا إلى هذا في أو ٠ ـ ا المبحث. فمن طرق هذا الترجيح :

أ ـ يرجح نص الكتاب أو السنة الصحيحة على القياس، لأن القياس دليل ظني ولا يعمل به في موضع النص.

ب ـ ويرجح الإجماع على مقتضى القياس، لأن الإجماع قطعي والقياس ظني، ولا يقوى الظني على معارضة القطعي.

جـ ـ يرجح الحديث المتواتر على حديث الآحاد.

د ـ يرجح حديث الآحاد الذي يرويه العدل الفقيه على حديث الآحاد الذي يرويه العدل غير الفقيه.

هـ ـ إذا تعارض قياسان عمل بالأقوى كأن تكون علة أحدهما منصوصاً عليها، وهذا هو الأقوى، وعلة الآخر مستنبطة. أو تكون علة الأول أقوى تأثيراً أو أكثر مناسبة للحكم من علة الآخر فيرجح الأول.

٣٨٠ ـ العدول عن الدليلين المتعارضين :

وإذا انعدم كل طريق من طرق دفع التعارض أو الترجيح، عدل المجتهد عن الاستدلال بأحد الدليلين وانتقل إلى البحث عن دليل آخر أقل منهما في المرتبة، كما لو تعارض نصان ولم يمكن الترجيح، انتقل المجتهد إلى القياس.

البَابُ الرَّابِعُ

الاجْتِهَادُ وَالتَّقْلِيدُ

الفصل الأول

الإجتهاد(١)

٣٨١ ـ الاجتهاد في اللغة: بذل المجهود واستفراغ الوسع في فعل من الأفعال.

وفي اصطلاح الأصوليين: بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بالأحكام الشرعية بطريق الاستنباط. ومن هذا التعريف الاصطلاحي للاجتهاد يتبين ما يأتي:

أولاً: أن يبذل المجتهد وسعه، أي يستفرغ غاية جهده بحيث يحس من نفسه العجز عن المزيد عليه.

ثانياً: أن يكون الباذل جهده مجتهداً، أما غيره فلا عبرة بما يبذله من جهد، لأنه ليس من أهل الاجتهاد، والاجتهاد إنما يكون مقبولاً إذا صدر من أهله.

ثالثاً: وأن يكون هذا الجهد لغرض التعرف على الأحكام الشرعية العملية دون غيرها، فلا يكون الجهد المبذول للتعرف على الأحكام اللغوية أو العقلية أو الحسية من نوع الاجتهاد الاصطلاحي عند الأصوليين.

رابعاً: ويشترط في التعرف على الأحكام الشرعية أن يكون بطريق الاستنباط، أي

---

(١) «الموافقات» ج ٤ ص ٥٧ وما بعدها، «فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت» ص ٣١٣ وما بعدها «المستصفى» للغزالي ج ٢ ص ١٠٣ وما بعدها.

نيلها واستفادتها من أدلتها بالنظر والبحث فيها . فيخرج بهذا القيد حفظ المسائل ، أو استعلامها من المفتي ، أو بإدراكها من كتب العلم ، فلا يسمى شيء من ذلك اجتهاداً في الاصطلاح .

٣٨٢ ـ المجتهد :

ومن تعريف الاجتهاد يعرف المقصود بالمجتهد : فهو من قامت فيه ملكة الاجتهاد ، أي القدرة على استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية ، وهو الفقيه عند الأصوليين ، فلا يعتبر الشخص مجتهداً ولا فقيهاً إذا عرف الأحكام الشرعية بطريق الحفظ والتلقين ، أو يتلقيها من الكتب أو من أفواه العلماء بلا بحث ولا نظر ولا استنباط .

والقدرة على الاجتهاد إنما تكون بتوافر شروط الاجتهاد التي بها يكون الشخص مجتهداً .

٣٨٣ ـ شروط الاجتهاد :

أولاً : معرفة اللغة العربية :

على المجتهد أن يعرف اللغة العربية على وجه يتمكن به من فهم خطاب العرب ، ومعاني مفردات كلامهم وأساليبهم في التعبير ، إما بالسليقة وإما بالتعلم بأن يتعلم علوم اللغة العربية من نحو وصرف وبلاغة وأدب ومعان وبيان ، وإنما كان تعلم اللغة العربية على هذا الوجه ضرورياً للمجتهد ، لأن نصوص الشريعة وردت بلسان العرب فلا يمكن فهمها واستفادة الأحكام منها إلا بمعرفة اللسان العربي على نحو جيد ، لا سيما وان نصوص الكتاب والسنة وردت في غاية البلاغة والفصاحة والبيان ، فلا يمكن فهمها حق الفهم وتذوق معانيها وإدراك ما تدل عليه إلا بمعرفة اللغة العربية والإحاطة بأساليبها في التعبير وأسرارها البلاغية والبيانية ، وما تومىء إليه كلماتها وعباراتها . . وبقدر تضلع المجتهد في معرفة اللسان العربي تكون قدرته على فهم النصوص وإدراك معانيها القريبة والبعيدة . . ولكن لا يشترط في المجتهد أن

يعرف اللغة معرفة أئمتها والمشهورين فيها ، وإنما يكفيه منها القدر اللازم لفهم النصوص الشرعية فهماً سليماً ، يمكنه من معرفة المراد منها .

ثانياً : معرفة الكتاب :

ومن شروط الاجتهاد التي تلزم المجتهد معرفة الكتاب ، إذ هو أصل الأصول ومرجع كل دليل ، فلا بد للمجتهد أن يعرف آياته جميعاً معرفة إجماليه ، ويعرف آيات الأحكام فيه معرفة تفصيلية ، لأن من هذه الآيات تستنبط الأحكام الشرعية العملية ، وقد قدرها بعض العلماء بخمس مئة آية .

والحق : إن آيات الأحكام غير محصورة بهذا العدد ، إذ يمكن بالنظر الدقيق والتأمل العميق والإدراك الجيد استنباط الأحكام من الآيات الأخرى حتى لو كانت في القصص والأمثال . وعلى كل حال فلا يلزم المجتهد حفظ آيات الأحكام بل يكفيه أن يعرف موضعها من الكتاب حتى يسهل عليه الرجوع إليها وقت الحاجة ، وقد اعتنى العلماء بجمع هذه الآيات وشرحها وبيان الأحكام التي تدل عليها وصنفوا في هذا الموضوع مصنفات كثيرة مثل كتاب أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الرازي المشهور بالجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ. وكتاب أحكام القرآن لأبي بكر ابن العربي المتوفى سنة ٥٤٣ هـ. كما ان بعض المفسرين للقرآن الكريم اعتنوا بتفسير آيات الأحكام عناية خاصة، فوقفوا عندها وقفة طويلة، وبينوا الأحكام التي تستفاد من هذه الآيات، وأقوال الفقهاء فيها، ومن هذه التفاسير تفسير القرطبي المتوفى سنة ٧٦١ هـ الذي سماه «الجامع لأحكام القرآن» وتفسير الطبرسي من فقهاء القرن السادس الهجري وقد سماه «مجمع البيان في تفسير القرآن». فهذه الكتب ونحوها تسهّل على المجتهد في الوقت الحاضر الرجوع إلى آيات الأحكام وإدراك ما تدل عليه من معان وأحكام.

ومن معرفة الكتاب ، المعرفة بالناسخ والمنسوخ من آيات القرآن الكريم ، وهذا النوع وإن كان قليلاً إلا ان معرفته لازمة للمجتهد ، ومن الكتب المؤلفة في هذا الباب

كتاب «الناسخ والمنسوخ» للإمام أبي جعفر محمد ابن أحمد المشهور بالنحاس، والمتوفى سنة ٣٣٨ هـ .

وعلى المجتهد، فضلاً عما ذكر، أن يعرف أسباب نزول الآيات المتعلقة بالأحكام، لأن هذه المعرفة تعينه كثيراً على فهم المراد من الآية.

ثالثاً: معرفة السنة:

بأن يعرف المجتهد صحيحها من ضعيفها، وحال رواتها، ومدى عدالتهم وضبطهم وورعهم وفقههم، ويعرف متواتر السنة من مشهورها وآحادها، وأن يفهم معاني الأحاديث وأسباب ورودها، ويعرف درجات الأحاديث في الصحة والقوة وقواعد الترجيح فيما بينها، والناسخ والمنسوخ منها. ولا يشترط أن يعرف جميع الأحاديث بل يكفيه أن يعرف منها أحاديث الأحكام. ولا يشترط في معرفة هذه الأحاديث أن يحفظها عن ظهر قلب، بل يكفيه أن تكون عنده كتب السنة الصحيحة ويعرف مواضع احاديث الأحكام فيها، كما يكفيه أن تكون عنده كتب الجرح والتعديل لأئمة الحديث حتى يعرف حالة الرواة. وإنما قلنا: يكفيه ما ذكرنا، لأن الوصول إلى معرفة السنة على الوجه الذي ذكرناه من قبل المجتهد نفسه أصبح من الأمور العسيرة في الوقت الحاضر، فلا بد من الاعتماد والتعويل على علماء الحديث وأئمتهم.

وقد اعتنى العلماء بجمع أحاديث الأحكام، وصنفوا فيها المصنفات، ورتبوها حسب أبواب الفقه، وشرحوها الشروح المختصرة والمطولة، وبينوا ما فيها من أحكام ومقارنتها بمذاهب فقهاء الأمصار، وتكلموا عن أسانيدها، مما سهل على المجتهد الوصول إلى أحاديث الأحكام، والتعرف على معانيها وأحكامها، ومن هذه الكتب «نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار» للشيخ محمد بن علي الشوكاني فضلاً عن كتب السنة الصحيحة وشروحها التي لم تقتصر على أحاديث الأحكام.

رابعاً: المعرفة بأصول الفقه:

علم أصول الفقه ضروري لكل مجتهد وفقيه ، كما ذكرنا في المقدمة ، إذ بهذا العلم يعرف المجتهد أدلة الشرع وترتيبها في الرجوع إليها وطرق استنباط الأحكام منها ، وأوجه دلالات الألفاظ على معانيها وقوة هذه الدلالات ، وما يقدم منها وما يؤخر ، وقواعد الترجيح بين الأدلة إلى غير ذلك مما يبحثه علم أصول الفقه . وقد ألف العلماء قديماً وحديثاً المصنفات الكثيرة في هذا العلم مما جعل من الميسور على العلماء الوقوف على أبحاثه وقواعده .

خامساً : المعرفة بمواضع الإجماع :

وعلى المجتهد أن يعرف مواضع الإجماع حتى يكون على بينة منها ، فلا يخالفها في المسائل التي يتصدى لبحثها والاجتهاد فيها .

سادساً : مقاصد الشريعة :

ومن شروط الاجتهاد معرفة مقاصد الشريعة وعلل الأحكام ومصالح الناس ، حتى يمكن استنباط الأحكام التي لم تنص عليها الشريعة ، بطريق القياس ، أو بناء على المصلحة وعادات الناس التي ألفوها في معاملاتهم وتحقق لهم مصالحهم ، ولهذا كان من لوازم مراعاة مصالح الناس واستنباط الأحكام بناء عليها : الإحاطة بأعراف وعادات الناس ، لأن مراعاتها مراعاة لمصالحهم المشروعة .

سابعاً : الاستعداد الفطري للاجتهاد :

وهناك شرط ، هو في رأينا ، شرط ضروري وإن لم ينص عليه الأصوليون صراحة ، وهو أن يكون عند العالم استعداد فطري للاجتهاد ، بأن تكون له عقلية فقهية مع لطافة إدراك ، وصفاء ذهن ، ونفاذ بصيرة ، وحسن فهم ، وحدة ذكاء . إذ بدون هذا الاستعداد الفطري لا يستطيع الشخص ان يكون مجتهداً وإن تعلم آلة الاجتهاد التي ذكرناها في شروطه ، لأنها إذا لم تصادف استعداداً فطرياً للاجتهاد لا تجعل الشخص مجتهداً . وليس في قولنا هذا غرابة ، فإن تعلم الإنسان اللغة العربية وعلومها وأوزان الشعر لا تجعله شاعراً إذا لم يكن عنده استعداد فطري للشعر .

فكذلك الحال في الاجتهاد . . ونوابغ المجتهدين ما كانوا أكثر من غيرهم معرفة بعلوم الاجتهاد ووسائله وآلاته، وإنما كانوا أكثر من غيرهم في القابلية على الاجتهاد وفي الاستعداد الفطري له .

٣٨٤ ـ ما يجوز الاجتهاد فيه ، وما لا يجوز :

ليست الأحكام الشرعية كلها تصلح أن تكون محل اجتهاد ، ولهذا قال بعض علماء الأصول : «المجتهد فيه هو كل حكم شرعي ليس فيه دليل قطعي» ، أي إن الأحكام الشرعية التي فيها أدلة قطعية لا تحتمل الاجتهاد والاختلاف ، مثل : وجوب الصلاة ، والصيام ، وحرمة الزنى ، ونحو ذلك مما وردت فيه نصوص قطعية ، وشاع أمرها ، وعرفها الجاهل والعالم على حد سواء ، ولم يعذر أحد بجهلها .

أما الأحكام التي لم ترد فيها نصوص قطعية ، وإنما وردت فيها نصوص ظنية الثبوت أو الدلالة ، فهي التي يجرى فيها الاجتهاد . فإذا كانت نصوصاً ظنية الثبوت ، وهذه تكون في السنة ، بحث المجتهد عن مدى ثبوت النص ومقدار صحة سنده وقوته والوثوق برواته والركون إليهم ، ونحو ذلك مما يقتضيه البحث والنظر . والمجتهدون يختلفون في هذه المسائل اختلافاً كبيراً ، فقد يثبت هذا الحديث عند مجتهد ولا يثبت عند مجتهد آخر فلا يعمل به .

أما الأحكام الظنية الدلالة ، فإن الاجتهاد فيها ينصب على كشف المعنى المراد منها ، بالتعرف على قوة دلالة اللفظ على المعنى وترجيح دلالة على أخرى ، والفقهاء يختلفون في هذه الأمور ، وإن كانوا يتفقون على الموازين العامة والقواعد الضابطة لدلالات الألفاظ وترجيح بعضها على بعض ، بل إنهم قد يختلفون في بعض هذه الموازين فيكون اختلافهم في الاستنباط واسعاً ، كما في اختلافهم في موجب الأمر والنهي ، وفي دلالة العام على أفراده أهي قطعية أم ظنية ، والمطلق وعلاقته بالمقيد وغير ذلك مما أشرنا إلى بعضه في مواضعه .

ويجرى الاجتهاد أيضاً في المسائل التي لم يرد نص من الشارع بشأنها ، فيضطر

المجتهد إلى اللجوء إلى دلائل الشريعة الأخرى من قياس وغيره، ولا شك أن أنظار المجتهدين تختلف في مدى صحة هذه الأدلة وفي كيفية الاستنباط منها وفي الأحكام المستنبطة بناء عليها.

٣٨٥ ـ الاجتهاد لا يتقيد بالزمان والمكان:

الاجتهاد لا يقيده زمان ولا مكان، بمعنى: أنه ليس مخصوصاً بوقت دون وقت ولا بمكان دون مكان، لأن مبناه توافر شروطه في الشخص، وهذا أمر ممكن في كل عصر، فلا يجوز قصره على زمان دون زمان، فإن فضل الله واسع غير محصور بالمتقدمين دون المتاخرين، وقد نص أهل العلم على أنه لا يجوز أن يخلو زمان من مجتهد قائم يبين للناس ما نزل ربهم إليهم ويبلغه سيدنا محمد ﷺ. وما أفتى به بعض العلماء من القول بسد باب الاجتهاد كان مبعثه الحرص على الشريعة من عبث الجهال أدعياء الاجتهاد، وينصرف قولهم إلى هؤلاء دون أهل العلم وأرباب الاجتهاد.

وعلى هذا فالاجتهاد باقٍ إلى يوم القيامه، ومباح للجميع، بشرط أن تكمل في الشخص أدوات الاجتهاد وشروطه، فلا يرقى إلى هذه المرتبة وهذا المنصب الشريف إلا أهله وهم أهل الاجتهاد حقاً. فليس الاجتهاد إذن، حكراً على طائفة معينة، أو سلالة معينة، أو بلد معين، أو عصر دون عصر، وإنما هو مباح لجميع الخلق بشروطه، لأن شرع الله شرع لجميع البشر وعليهم أن يتدبروه ويفهموا أحكامه، قال الله تعالى: ﴿أَفَلَا يَتَدَبَّرُونَ الْقُرْآنَ أَمْ عَلَىٰ قُلُوبٍ أَقْفَالُهَا﴾ [النساء: ٨٢] ولأن الاجتهاد أعلى مراتب العلم، والعلم مباح للجميع، بل ندب إليه الشرع الشريف وأثنى على أصحابه، وأمر بالاستزاده منه، وعلم الناس أن يقولوا: ﴿وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا﴾ [طه: ١١٤].

٣٨٦ ـ حكم الاجتهاد:

الاجتهاد واجب على من كان أهلاً له بأن قامت فيه ملكة الاجتهاد وتهيأت له أسبابه ووسائله. وعلى المجتهد أن يصل إلى الحكم الشرعي بطريق النظر والبحث في الأدلة، وما يؤدي إليه اجتهاده هو الحكم الشرعي في حقه، الواجب اتباعه، فلا

يجوز له تركه تقليداً لغيره. وهو إن أصاب في اجتهاده فله أجران، وإن أخطأ فله أجر واحد، وبهذا جاء الحديث الشريف عن النبي ﷺ إذ يقول: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإن أخطأ فله أجر واحد».

٣٨٧ ـ تغير الاجتهاد ونقضه:

الاجتهاد مبناه النظر واستفراغ الوسع والطاقة للوصول إلى الحكم الشرعي، فإذا بحث المجتهد في مسألة، وأمعن النظر فيها، وبذل غاية جهده حتى توصل إلى حكم في هذه المسألة، كان هذا الحكم هو الواجب في حقه، وهو الذي يفتي به، ولكن إذا تغير اجتهاده في هذه المسألة ذاتها فعليه أن يعمل بمقتضى اجتهاده الجديد، ويفتي به ويترك قوله الأول.

وإذا كان المجتهد حاكماً وقضى في مسألة بحكم معين حسب اجتهاده، فلا يجوز لحاكم آخر نقض هذا الاجتهاد، لأن القاعدة: إن الاجتهاد لا ينقض بمثله، ولكن لو عرضت مسألة أخرى مثل الأولى على الحاكم نفسه، وبدا له رأي جديد في هذه المسألة، فإن عليه أن يحكم باجتهاده الجديد، أما ما حكم به أولاً فلا ينتقض بل يمضي، وهذا يعني أن السوابق القضائية لا تفيد القاضي المسلم، وعلى هذا دل عمل القضاة في الإسلام، من ذلك: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى في المسألة الحجرية في الميراث بعدم توريث أولاد الأبوين، ثم عرضت له نفس المسألة من بعد فقضى بتوريث أولاد الأبوين مع الأولاد لأم، فاعترض عليه أصحاب القضية الأولى، فقال: ذلك ما قضينا وهذا على ما نقضي. أما إذا كان الاجتهاد مخالفاً للنص القطعي، فإنه ينقض ولا عبرة به، إذ ليس هو في الحقيقة اجتهاداً.

٣٨٨ ـ تجزء الاجتهاد:

معنى تجزء الاجتهاد: هو كون العالم مجتهداً في مسألة دون غيرها، أي أن يكون قادراً على الاجتهاد في بعض المسائل دون البعض، نظراً لتوافر وسائل الاجتهاد له في هذه المسائل. كمن أحاط بجميع أدلة الميراث ونصوصه وما ورد فيه

من السنة ومن أقوال العلماء ، فإن له أن يجتهد في هذه المسائل ، وإن كان غير قادر على الاجتهاد في غيرها ، لعدم توافر وسائل الاجتهاد عنده فيها .

وذهب بعض العلماء إلى منع تجزء الاجتهاد ، والقول الأول هو الراجح ، وتدل عليه سير المجتهدين القدامى ، فقد كان أحدهم يسأل عن مسائل كثيرة فلا يجيب إلا عن بعضها ، ويتوقف عن الباقي ويقول : لا أدري .

الفصل الثاني

التقليد

٣٨٩ ـ التقليد في اللغة: مأخوذ من القلادة التي يقلد الإنسان غيره بها. وفي الاصطلاح: قال الغزالي: «هو قبول قول بلا حجة». وقال غيره: «التقليد هو العمل بقول من ليس قوله إحدى الحجج بلا حجة». وقال آخرون في معناه: إنه «قبول قول القائل وأنت لا تعلم من أين قاله». ويخلص لنا من هذه التعاريف: إن التقليد يعني أخذ رأي الغير بلا معرفة دليله ولا قوته، كمن يرى جواز فسخ النكاح للعيب، لأن المجتهد الفلاني قال هذا القول دون أن يعرف دليله، وقوة هذا الدليل.

٣٩٠ ـ حكم التقليد:

الأصل في الشريعة ذم التقليد، لأنه اتباع بلا دليل ولا برهان، فضلاً عما يؤدي إليه من تعصب ذميم بين جموع المقلدين.

وقد اختلف العلماء في جواز التقليد في الأحكام الشرعية العملية، فذهب جمع إلى عدم الجواز مطلقاً، وأوجبوا على المكلف الاجتهاد وتعلم وسائله وأدواته. وقال آخرون بالجواز مطلقاً للقادر على الاجتهاد وللعاجز عنه. وذهب البعض إلى التفصيل: الجواز في حق العاجز، والتحريم في حق المجتهد القادر، وهذا القول هو الراجح.

وقد أكثر الناس الكلام في مسألة التقليد دفاعاً عنه وهجوماً عليه، واشتدت اللجاجة والخصومة بين الفريقين.

والذي أراه: أن المسألة واضحة هينة لا ينبغي أن تكون مثار جدل وكلام طويل، ذلك أن المطلوب من كل مكلف هو طاعة الله ورسوله، وعلى هذا دلت النصوص الكثيرة الصريحة من ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَطِيعُوا اللهَ وَالرَّسُولَ لَعَلَّكُمْ

تُرْحَمُون﴾ [آل عمران: ١٣٢] ﴿وَما آتاكُمُ الرسُولُ فَخُذُوهُ وَما نَهاكُمْ عَنهُ فَانْتَهُوا﴾ [الحشر: ٧] ﴿فَلا وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُوا فِي أنفُسهم حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً﴾ [النساء: ٦٥] ﴿اتَّبِعُوا مَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [الأعراف: ٣].

فالواجب إذن، على كل مكلف، بلا استثناء، طاعة الله ورسوله، وهذا الواجب يستلزم حتماً معرفة ما شرعه الله جل جلاله في القرآن، او على لسان رسوله الكريم ﷺ. ومعرفة ما شرعه الله إنما تكون بالرجوع إلى نصوص القرآن والسنة واستفادة الأحكام منها بعد فهمها ومعرفة المراد منها. فإن لم يجد المكلف الحكم صريحاً في هذه النصوص تحول إلى الاجتهاد كما أمر الشرع، فيجتهد في نطاق الشريعة وفي ضوء مبادئها العامة وفي ظل مقاصدها ومعانيها. هذا هو السبيل القويم للتعرف على الأحكام. ولا شك أن سلوك هذا السبيل يستلزم قدراً معيناً من المعرفة والإدراك، يقل ويكثر حسب حال الشخص وعلمه حتى يصل إلى الحد الذي يؤهله لمنصب الاجتهاد الرفيع.. فإذا عجز المكلف عن معرفة الأحكام بهذا الطريق فإن عليه أن يعمل، كما أمره الله، فيسأل أهل العلم عن حكم الله في الواقعة التي يريد معرفة حكمها، قال تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٤٣، الأنبياء: ٧] ولا يلزمه أن يسأل عالماً معيناً، ولا يتقيد بواحد بعينه، لأن الله لم يلزمه بهذا، ولا التزام بلا إلزام شرعي، والآية الكريمة أمرته بسؤال «أهل العلم» لا عالماً معيناً، وإنما عليه أن يتخير الأعلم الأفضل الأعدل الأورع حسب ما يشيع ويشتهر، وهذا هو الذي يقدر عليه و ﴿لاَ يُكَلِّفُ الله نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦].

هذا ما نراه في مسألة الاجتهاد والتقليد، وهو ما تدل عليه نصوص القرآن، وسار عليه السلف الصالح، فقد كان المجتهد يتعرف على الأحكام بطريق الاستنباط والاجتهاد. وكان العامي يسأل المجتهدين عن أحكام الشرع ولا يتقيد بسؤال واحد بعينه لا يسأل غيره.

٣٩١ ـ تقليد المذاهب:

المذاهب الإسلامية، مدارس فقهية، عرفت بأسماء مؤسسيها، وهم مجتهدون

عظام، مشهود لهم بالعلم والاجتهاد والصلاح والتقوى. ومن هـذه المذاهب مـا اندرس وعفت آثاره بموت أصحابه، ولم تبق من آرائه وأقواله إلا ما نجده في كتب الخلاف. ومن هذه المذاهب المندرسة مذهب الأوزاعي وسفيان الثوري وغيرهما. ومن المذاهب ما بقي حتى الآن وله اتباع ومؤلفات تحكي أقوال فقهائه. فهل يسوغ تقليد هذه المذاهب أم لا؟

قلنا: إن المجتهد عليه أن يتعرف على الأحكام من منابعها الأصلية عن طريق النظر والاجتهاد ولا يجوز له التقليد. أما العاجز عن الاجتهاد، فقد قلنا: إن عليه أن يسأل أهل العلم، وسؤال أهل العلم قد يكون مشافهة، وقد يكون بالرجوع إلى أقوالهم المدونة في الكتب الموثوق بها التي تحكي أقوالهم وتنقلها نقلاً صحيحاً. وعلى هذا يسوغ للعامي أن يتبع مذهباً معيناً من المذاهب المعـروفة والقـائمة حتى الآن والمنقولة إلينا نقلاً صحيحاً على أن نستحضر في أذهاننا ما يأتي:

أولاً: إن المذاهب الإسلامية مدارس فقهيـة لتفسير نصـوص الشريعـة واستنباط الأحكام منها، فهي مناهج فقهية في الاستنباط والتعرف على الأحكـام، وليست هي شرعاً جديداً، ولا شيئاً آخر غير الإسلام.

ثانياً: إن الشريعة الإسلامية ـ وهي نصوص القرآن والسنة فقط ـ أكبر وأوسع من أي مذهب، وليس أي مذهب أكبر ولا أوسع منها.

ثالثاً: إن الشريعة الإسلامية حجة على كل مذهب، وليس أي مذهب حجة على الشريعة الإسلامية.

رابعـاً: إن المسوغ لاتبـاع هذه المذاهب هو أنها مـظنة تعـريف متبعيها بـأحكام الشريعة، أي إنها مظنة تعريفنا بحكم الله المنزل في القرآن أو في السنة، فإذا تبين أن المذهب الفلاني أخطأ في هذه المسألة وأن الصواب فيها عند غيره، وظهر هذا الصواب ظهوراً كافياً فعلى متبع المذهب أن يتحول عن مذهبه في هذه المسألة إلى القول الصواب.

خامساً: يجوز لمتبع مذهب معين أن يتبع غيره في بعض المسائل، إذ لا إلزام عليه بالتقيد بجميع اجتهادات هذا المذهب. على أن يكون ذلك منه عن دليل

دعاه إلى هذا التحول عن مذهبه إلى مذهب آخر في هذه المسائل. كما له أن يسأل أي فقيه من غير مذهبه عن حكم الشرع في مسألة من المسائل، ويعمل بما يفتيه به.

سادساً: على المقلد أن يطهر نفسه من التعصيب الذميم للمذهب، فليست المذاهب تجزئة للإسلام، وليست هي أدياناً ناسخة للإسلام، وإنما هي وجوه في تفسير الشريعة وفهمها، ومنافذ تطل عليها، ومناهج في البحث والدراسة والفهم، وأساليب علمية في الاستنباط، وكلها تريد الوصول إلى معرفة ما نزّل الله وما شرّعه.

سابعاً: لا نضيق أبداً باختلافات المذاهب، لأن الاختلاف في الفهم والاستنباط أمر طبيعي بديهي، لأنه من لوازم العقل البشري، فإن العقول والمدارك والأفهام مختلفة قطعاً، فتختلف في الاستنباط والفهم حتماً، بل إننا نعتز بهذا الاختلاف العلمي الفقهي الذي خلف لنا ثروة فقهية عظيمة، ونعتبره من دلائل نمو الفقه وحياته، ودلائل سعة تفكير فقهائنا العظام وقيامهم بواجبهم نحو خدمة الشريعة الإسلامية الغراء.

ثامناً: وأخيراً فعلينا أن نعرف أقدار المجتهدين في هذه المذاهب المختلفة ونبجلهم ونحترمهم ونتأدب معهم، وندعو لهم، ونعتقد أنهم مأجورون إذا أصابوا أو اخطأوا، ونقول كما علمنا الله جل جلاله: ﴿وَالَّذِينَ جَاؤُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالإِيمَانِ وَلَا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلًّا لِلَّذِينَ آمَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَؤُوفٌ رَحِيمٌ﴾ [الحشر: ١٠].

والحمد لله أولاً وآخراً

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين وعلى أصحابه المجاهدين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين

ـ انتهى ـ

الفهرست

البطلان والفساد والفرق بينهما .

المسألة الأولى ـ في دفع المال لمن بلغ سفيهاً وأقوال العلماء في ذلك ـ المقصود بالرشد ـ أقوال العلماء في ذلك وبيان أدلتهم والراجح منها.

المسألة الثانية: الحجر على السفيه ـ أقوال العلماء في ذلك وبيان أدلتهم والراجح منها.

المسألة الثالثة: متى يتم الحجر على السفيه ـ أقوال العلماء في ذلك وبيان الراجح منها.

المسألة الرابعة: حكم تصرفات السفيه المحجور ـ القاعدة والاستثناء في ذلك.

المسألة الخامسة: السفه في القانون المدني العراقي

المسألة السادسة: السفه في القانون المدني المصري.

خامساً ـ السكر

الصفحة ١٢٨ ـ ١٣٤

تمهيد ـ تعريف السكر ـ السكر بطريق مباح وما يترتب عليه ـ السكر بطريق محظور ـ ما يترتب على السكر المحظور بالنسبة لتصرفاته القولية والفعلية ـ أقوال العلماء في ذلك ـ بيان أدلتهم ـ القول الراجح من أقوالهم وأدلة الرجحان ـ حكم السكران في القوانين الوضعية، القانون العراقي والمصري.

سادساً ـ الإكراه

الصفحة ١٣٤ ـ ١٤٤

تمهيد ـ تعريف الإكراه ـ شروط تحقق الإكراه ـ أنواع الإكراه ـ الإكراه الملجىء وغير الملجىء ـ هل ينافي الإكراه الأهلية؟ ـ أثر الإكراه في تصرفات المكره ـ القاعدة عند الفقهاء ـ أثر الإكراه في أقوال المكره ـ ذكر مذاهب الفقهاء في ذلك وبيان أدلتهم والراجح منها ـ أثر الإكراه في أفعال المكره ـ ذكر مذاهب الفقهاء في ذلك وبيان أدلتهم والراجح منها ـ الإكراه في القانون العراقي والمصري.

ـ القول الراجح من أقوال العلماء في شروط قبول سنة الآحاد ـ الأحكام التي جاءت بها السنة ـ دلالة السنة على الأحكام .

الفصل الثالث
الدليل الثالث
الإجماع
الفقرة ١٦٩ ـ ١٧٩ ، الصفحة ١٧٩ ـ ١٩٣

تعريف الإجماع ـ ما يبنى على تعريفه ـ حجية الإجماع ـ أنواع الإجماع ـ الإجماع الصريح : معناه ومدى حجيته ـ الإجماع السكوتي: معناه ومدى حجيته ـ أقوال العلماء في حجية الإجماع السكوتي ـ الراجح من أقوالهم ودليل الرجحان ـ اختلاف الفقهاء في مسألة على قولين ـ هل يجوز إحداث قول ثالث في المسألة؟ ذكر أقوال العلماء وأدلتهم ـ مناقشة أدلتهم وبيان الراجح من أقوالهم ـ مستند الإجماع ـ إمكان انعقاد الإجماع ـ الخلاف في إمكان انعقاده ـ ذكر أقوال العلماء في ذلك ـ التفصيل في المسألة وبيان الراجح من أقوالهم ـ أهمية الإجماع في الوقت الحاضر وإمكان انعقاده .

الفصل الرابع
الدليل الرابع
القياس
الفقرة ١٨٠ ـ ٢٠٥ ، الصفحة ١٩٤ ـ ٢٢٩

تعريف القياس ـ أركان القياس ـ أمثلة على القياس ـ شروط القياس ـ شروط الأصل ـ شروط حكم الأصل ـ شروط الفرع ـ شروط العلة ـ العلة والحكمة والفرق بينهما ـ ربط الأحكام بعللها لا بحكمها وسبب ذلك ـ تعداد شروط العلة ـ أن تكون وصفاً ظاهراً ـ منضبطاً ـ مناسباً للحكم ـ متعدياً ـ أن تكون من الأوصاف التي لم يلغ الشارع اعتبارها المناسبة بين الحكم والعلة ـ المناسب المؤثر ـ المناسب الملائم ـ أوجه الملائمة مع الأمثلة ـ المناسب المرسل ـ المناسب الملغي ـ مسالك العلة ـ أولاً : النص ـ ثانياً: الإجماع ـ ثالثاً: السبر والتقسيم ـ تنقيح المناط ـ تخريج المناط وتحقيق المناط ـ أقسام القياس ـ القياس الأولي ـ القياس المساوي ـ القياس الأدنى ـ حجية القياس ـ

الفصل إلى أربعة مباحث .

المبحث الأول

في وضع اللفظ للمعنى

الفقرة ٢٥٩ ـ ٢٩٩ ، الصفحة ٢٧٩ ـ ٣٣٠

المطلب الأول

الخاص

الصفحة ٢٧٩ ـ ٣٠٤

تعريفه وأنواعه ـ الخاص الشخصي والخاص النوعي والخاص الجنسي ألفاظ الاعداد من الخاص ـ حكم الخاص ـ احتجاج العلماء بحكم الخاص في المسائل الخلافية وذكر مثال على ذلك ـ الأمثلة على الخاص من القوانين الوضعية .

الفرع الأول

المطلق والمقيد

الصفحة ٢٨٤ ـ ٢٩١

تعريف المطلق والمقيد ـ حكم المطلق أنه يجرى على إطلاقه ـ حكم المقيد لزوم العمل بموجب القيد ـ حمل المطلق على المقيد ـ متى يحمل المطلق على المقيد ومتى لا يحمل ـ حالات الاتفاق والاختلاف بين العلماء في ذلك ـ ضرب الأمثلة على مواضع الاتفاق والاختلاف ـ أمثلة المطلق والمقيد في القوانين الوضعية .

الفرع الثاني

الأمر

الصفحة ٢٩٢ ـ ٣٠٠

الأمر من أقسام الخاص ـ تعريفه ـ موجب الأمر واختلاف العلماء في ذلك الندب هو موجب الأمر عند البعض ـ موجب الأمر هو الوجوب عند الجمهور ـ قول الجمهور هو الراجح وأدلة ذلك ـ الأمر بعد النهي ـ اختلاف العلماء في حكم الأمر بعد

النهي وبيان الراجح من أقوالهم ـ دلالة الأمر على التكرار ـ دلالة الأمر على الفورية ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

الفرع الثالث

النهي

الصفحة ٣٠١ ـ ٣٠٤

تعريف النهي ـ موجب النهي واختلاف العلماء في ذلك ـ بيان القول الراجح ـ هل يقتضي النهي الفور والتكرار ـ هل يقتضي النهي فساد المنهي عنه ـ حالات اتفاق واختلاف العلماء في هذه المسألة .

المطلب الثاني

العام

الفقرة ٢٧٨ ـ ٢٩٤ ، الصفحة ٣٠٥ ـ ٣٢٥

تعريف العام ـ الفاظ العموم دخول الإناث في خطاب الذكور ـ اقل الجمع ـ دخول النبي ﷺ في خطاب أمته تخصيص العام ودليل التخصيص ـ المخصص المنفصل أي المستقل ـ أولاً : الكلام المستقل المتصل بالعام ـ ثانياً: الكلام المستقل المنفصل ـ ثالثاً: العقل ـ رابعاً: العرف ـ المخصص المتصل أي غير المستقل ـ أولاً: الاستثناء ـ ثانياً: الصفة ـ ثالثاً: الشرط ـ رابعاً: الغاية ـ دلالة العام ـ دلالة العام عند الحنفية قطعية ـ دلالته عند الجمهور ظنية ـ أدلة القولين ـ ثمرة الخلاف في دلالة العام في أمرين ـ الأمر الأول : جواز أو عدم جواز تخصيص عام القرآن بخاص خبر الآحاد ـ الأمر الثاني : الحكم عند اختلاف حكم العام مع حكم الخاص ـ أنواع العام ـ أمثلة على العام وتخصيصه في القوانين الوضعية ـ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب والأمثلة على ذلك .

المطلب الثالث

المشترك

الصفحة ٣٢٦ ـ ٣٣٠

المقصود بدلالة النص ـ الأمثلة من النصوص الشرعية ـ الأمثلة من القوانين الوضعية.

رابعاً ـ اقتضاء النص

الصفحة ٣٦٣ ـ ٣٦٥

المقصود باقتضاء النص ـ الأمثلة على ذلك ـ الخلاصة في الدلالات ـ جميعها تعتبر من دلالة المنطوق.

خامساً ـ مفهوم المخالفة

الصفحة ٣٦٦ ـ ٣٧٧

المقصود بمفهوم المخالفة ـ أنواعه ـ أولاً: مفهوم الصفة وأمثلته ـ ثانياً: مفهوم الشرط وأمثلته ـ ثالثاً: مفهوم الغاية وأمثلته ـ رابعاً: مفهوم العدد وأمثلته ـ خامساً مفهوم اللقب وأمثلته ـ شروط العمل بمفهوم المخالفة ـ حجية مفهوم المخالفة وأقوال العلماء في ذلك ـ لا حجة في مفهوم اللقب ـ الخلاف فيما عدا ذلك ـ ذكر أقوال المختلفين وأدلتهم وبيان الراجح منها ـ ثمرة الخلاف ـ الأخذ بمفهوم المخالفة في تفسير القوانين الوضعية ـ الأمثلة من القوانين الوضعية على مفهوم المخالفة.

الفصل الثاني
مقاصد الشريعة العامة

الفقرة ٣٥٩ ـ ٣٦٦، الصفحة ٣٧٨ ـ ٣٨٥

معرفة المقاصد العامة للشريعة الإسلامية أمر ضروري لفهم نصوصها واستنباط الأحكام منها ـ المقصد الأصلي للشريعة تحقيق المصالح للعباد ودرء المفاسد عنهم ـ مصالح العباد ثلاثة أنواع ـ النوع الأول: الضروريات معناها، وأمثلتها، وما شرع لها ـ النوع الثاني: الحاجيات، معناها، وأمثلتها، وما شرع لها ـ النوع الثالث: التحسينات، معناها، امثلتها، وما شرع لها ـ مكملات المصالح ـ مراتب المصالح في الأهمية ـ ما يترتب على مقاصد الشريعة من مبادىء وقواعد.

الفصل الثالث

تعارض الأدلة والترجيح والنسخ

الفقرة ٣٦٧ ـ ٣٨٠، الصفحة ٣٨٦ ـ ٣٨٩

تمهيد المقصود بتعارض الأدلة ـ كيفية رفعه ـ تقسيم الفصل إلى مبحثين

المبحث الأول

النسخ

الصفحة ٣٨٨ ـ ٣٩٢

معنى النسخ ـ وقوع النسخ ـ النسخ الكلي والجزئي ـ حكمة النسخ ـ النسخ والتخصيص ـ أنواع النسخ ـ وقت النسخ ـ ما يجوز نسخه من الأحكام وما لا يجوز ـ ما يجوز به النسخ .

المبحث الثاني

التعارض والترجيح

الصفحة ٣٩٣ ـ ٣٩٨

لا تعارض بين نصوص الشريعة ـ التعارض في نظر المجتهد لا في نفس النصوص ـ كيفية رفع التعارض ـ يرفع التعارض بمعرفة الناسخ إن وجد ـ إن لم يوجد ناسخ اخذ بقواعد الترجيح ـ القاعدة الأولى : يرجح النص على الظاهر ومثاله ـ القاعدة الثانية : يرجح المفسر على النص ومثاله ـ القاعدة الثالثة : يرجح المحكم على ما سواه ـ القاعدة الرابعة : يرجح ما يثبت بعبارة النص على ما يثبت بإشارته ـ القاعدة الخامسة : يرجح الثابت بإشارة النص على الثابت بدلالته ـ القاعدة السادسة : ترجح دلالة المنطوق على دلالة المفهوم ـ القاعدة السابعة : الأخذ بالجمع والتوفيق ـ معنى الجمع والتوفيق ومتى يلجأ إليهما المجتهد وأمثلة ذلك ـ الترجيح بقوة الدليل ـ العدول عن الدليلين المتعارضين .

الباب الرابع
الاجتهاد والتقليد
الفصل الأول
الاجتهاد
الفقرة ٣٨١ ـ ٣٨٨، الصفحة ٤٠١ ـ ٤٠٩

تعريف الاجتهاد ـ ما يبنى على تعريف الاجتهاد ـ المجتهد في الاصطلاح ـ شروط الاجتهاد ـ أولاً: معرفة اللغة العربية ـ ثانياً: معرفة الكتاب ـ ثالثاً: معرفة السنة النبوية المطهرة ـ رابعاً: المعرفة بأصول الفقه ـ خامساً: المعرفة بمواضع الإجماع ـ سادساً: معرفة مقاصد الشريعة ـ سابعاً: الاستعداد الفطري للاجتهاد ـ ما يجوز الاجتهاد فيه وما لا يجوز ـ الاجتهاد لا يتقيد بالزمان والمكان ـ حكم الاجتهاد ـ تغير الاجتهاد ونقضه ـ تجزء الاجتهاد.

الفصل الثاني
التقليد
الفقرة ٣٨٩ ـ ٣٩١، الصفحة ٤١٠ ـ ٤١٣

تعريف التقليد ـ حكم التقليد ـ اختلاف العلماء في جواز التقليد ـ القول الفصل في جواز التقليد أو عدم جوازه ـ ذكر الأدلة على ذلك ـ تقليد المذاهب.

يسوغ للعامي ان يتبع مذهباً معيناً ـ على مقلدة المذاهب أن يستحضروا في أذهانهم ـ أولاً: المذاهب الإسلامية مدارس فقهية لتفسير النصوص واستنباط الأحكام وليست هي شرائع قائمة بذاتها ـ ثانياً: الشريعة الإسلامية أوسع من أي مذهب وحجة عليه وليس أي مذهب حجة على الشريعة ـ ثالثاً: المسوغ لتقليد المذهب كونه مظنة تعريف المقلد بحكم الشرع ـ رابعاً: على المقلد أن يطهر نفسه من التعصب الذميم للمذهب الذي يقلده ـ خامساً: لا إلزام على المقلد باتباع جميع أقوال مذهبه ولهذا له أن يسأل أي عالم من غير مذهبه عن حكم الشرع في مسألة تهمه ـ سادساً: لا نضيق باختلاف المذاهب.